Commission on the Future of Health Care in Canada

Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada

DISCUSSION PAPER NO.2

Health and the Distribution of Powers in Canada

by

André Braën

University of Ottawa

July 2002

The views expressed herein are solely those of the author and do not necessarily reflect those of the Commission on the Future of Health Care in Canada.

Table of Contents

Highlights v

Executive Summary vi

Introduction 1
- A - Health Services in Canada 1
- B - Mandate 1
- C - Plan and Methodology 2

I - Constitutional Distribution of Powers 3
- A - Difficulties Defining Our Terms 3
- B - Historical and Legislative Background 3
- C - Principles of Interpretation 4
- D - Impact of the *Canadian Charter* 5

II - Constitutional Basis of the Provincial Role 7
- A - General Remarks 7
- B - Relevant Provisions 7
  - Establishment and Management of Hospitals 7
  - Matters of a Strictly Local or Private Nature 8
  - Property and Civil Rights 8
  - Education 9
  - Other Powers 9

III - Constitutional Basis of the Federal Role 10
- A - General Remarks 10
- B - Relevant Provisions 10
  - Quarantine and Marine Hospitals 10
  - Criminal Law 10
  - Spending Power 11
  - Peace, Order and Good Government 13
  - Other Powers 14

IV - Health in Other Federations 15
- A - Australia 15
- B - United States 16
- C - Belgium 16

Conclusion 18

Notes 19

Case Law 25

Bibliography 27

102-06312/

Highlights

This study deals with the constitutional distribution of powers in the area of health services. It analyses the applicable provisions in Canada's Constitution as well as their interpretation by the courts. By describing the state of the law relating to health, it seeks to inform the Commission on the Future of Health Care in Canada about the legal principles underlying federal and provincial intervention in the field of public health and to enable the Commission to provide the federal government with recommendations on the policies and measures needed to ensure the long-term sustainability of a universally accessible, publicly financed system of health care.

Executive Summary

The constant rise in health care costs, the development of medical research and technology, and the expectations of an ageing population are shaking the Canadian health care system and jeopardizing its universality and public funding mechanism. The Commission on the Future of Health Care in Canada has been charged with recommending to the federal government the measures needed to ensure this system's sustainability and development. Constitutionally speaking, both levels of government, each in its respective jurisdictional areas, are authorized to take action in the field of public health. The present study describes the state of the law relating to the constitutional justification for such intervention.

Before proceeding with the actual analysis of the applicable rules of law, our study stresses the difficulties inherent in defining its main theme, namely health, and their impact on the distribution of powers. It also discusses the principles used by the courts to interpret constitutional texts and examines the consequences that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* might have in this field. Under Canadian constitutional law, it is the provinces which have primary authorization to intervene in the field of health care. Traditionally, this is an area that very early on was considered to be a matter of a merely local and private nature. The establishment of a system based on insurance (hospitalization, medical) also calls into play provincial jurisdiction in the area of property and civil rights. These principles are analysed in the second portion of our study. Other powers specifically set out in the *Constitution Act, 1867*, also enable the provinces to consolidate their authority with regard to the establishment and maintenance of hospitals, education or medical professions. But the Parliament of Canada also plays a significant public health role, and that is the focus of the third part of our study. Parliament intervenes mainly through its criminal law jurisdiction, but also through specific powers such as those pertaining to quarantine and marine hospitals, interprovincial and international trade, patents and copyrights or through its jurisdiction relating to peace, order and good government. It was mainly by virtue of its spending power that the federal government had a large hand in implementing a free, universal health care system. Our study therefore analyses the parameters and limitations pertaining to the exercise of this power. Last, it presents a comparative analysis of applicable systems in other federations.

Thus, the Canadian Constitution authorizes both levels of government to intervene in the field of health care, although it does assign the provinces primary responsibility in this matter. That is the current state of the law; it is a situation that cries out for consultation and cooperation – not competition – between the two levels of government. If the role of these governments must be amended, it is a task best left to the politicians, as the law in this field is merely a reflection of their decisions.

Introduction

A - Health Services in Canada

1. When the Canadian union was formed in 1867, health care was primarily the concern of religious or charitable organizations and individuals. It was only gradually, and in particular after World War II, that the role of the State – both federally and provincially – began to expand in the field of social health. With the cost of health services on the rise, governments appeared to be a good way to provide Canada with a system of publicly accessible health services. Today, the implementation and especially the maintenance of a viable and accessible public system of quality health care remains a priority for Canadian society. Against the backdrop of an ageing population, rapidly escalating costs, the remarkable growth of scientific research and medical technology, and rising expectations, crucial questions are being raised. They deal with the search for sufficient and sustainable funding, the availability and universality of care and the development of the human resources involved therein.

2. In Canada, federal and provincial governments are important actors in this field. Needing to reflect on the various issues involved and determined to play an important role, the federal government established the Commission on the Future of Health Care in Canada. The Commission's mandate is to recommend to the Canadian government the policies and measures needed to ensure the long-term viability of a publicly funded, universally accessible health care system. However, this exercise must take into account the distribution of powers and jurisdiction in Canada. Accordingly, four main research themes were identified by the Commission: (a) Canadian values; (b) viability; (c) cooperation among the main public and private stakeholders in the field of health; and (d) management of change.

B - Mandate

3. This was the context in which we were invited to prepare a study on the constitutional distribution of powers in the area of health and health services. The objective of our study is to inform the Commission about the legal principles underlying the role of each level of government in this area and about their development and transformation. Generally, this involves verifying the historical and legal origins of the assignment and distribution of powers among the various levels of government in Canada in the field of health. Specifically, we are required to verify (a) the constitutional bases of both the provincial and federal roles in the area of health; (b) the constitutional basis of the federal spending power as it relates to health; (c) the effect, if any, which the *Charter of Rights and Freedoms* has on the distribution of powers; and (d) changes in the role played by both the federal and provincial governments in the field of health. For comparative purposes, we are also being asked to touch on the situation in other federations.[1]

C - Plan and Methodology

4. Canadian constitutional law, and in particular the *Constitution Act, 1867*, distributes legislative authority between the Parliament of Canada and the legislature of each province. Generally, it is the provinces which play the primary role in the field of health services. Thus we will analyse the constitutional provisions that authorize this role before considering those that form the basis of the federal role. In Canada, the courts are the guardians of the constitutional order. Consequently, our analysis of the constitutional enactments will take into account the judicial decisions rendered in this field. Last, we will consider the situation in other federations. But to begin with, we will take a detailed look at the difficulties in defining our subject, namely "health," and the consequences from a legal analysis standpoint. We will also examine the historical context in which Canada's public health care system developed and, for introductory purposes, the principal rules of interpretation that should be adopted concerning the constitutional enactments. Finally, we will look at the impact that the *Canadian Charter* might have in the field of assignment of powers.

I - Constitutional Distribution of Powers

A - Difficulties Defining Our Terms

5. The Canadian Constitution assigns, exclusively in most cases, to the Parliament of Canada or the legislature of a province the authority to make laws in all matters coming within the classes of subjects enumerated therein.[2] The constitutional assignment of authority for health was not, as such, covered by a specific provision. In fact, nowhere in the Constitution is there mention of the authority to make laws in the matter of "health," "health services" or "health care." The word "health," as defined in *The Canadian Oxford*, refers to *the state of being well in body or mind or a person's mental or physical condition.*[3] In French the word "santé" is also defined in relation to the state of being well in body and mind.[4]

6. This amorphous nature of "health" was not lost on the Supreme Court of Canada in *Schneider* v. *the Queen*.[5]

> In sum "health" is not a matter which is subject to specific constitutional assignment but instead is an amorphous topic which can be addressed by valid federal or provincial legislation, depending in the circumstances of each case on the nature or scope of the health problem in question.[6]

It is easy to see that actions taken in the public realm that could affect or change human welfare or equilibrium, either directly or indirectly, can take an infinite number of forms and rest on disparate constitutional foundations. For example, a measure aimed primarily at protecting the environment could ultimately have an impact on this welfare. As we will see, several federal initiatives in the field of public health are based first and foremost on the authority of the Canadian Parliament in the field of... criminal law. In short, health has many facets, which can fall under different areas of jurisdiction. In this study, we will confine ourselves, from a content standpoint, to the contemporary conception of a public health care system, be it in terms of the structure of health care institutions or the provision of health services.

B - Historical and Legislative Background

7. Although the State has long been involved in certain public health issues (the elimination of epidemics, for example), in 1867 its activities in the field of health care proper were limited and undertaken in concert with religious or charitable organizations.[7] The *Constitution Act, 1867*, is a reflection of the times, to wit its provisions that the provinces have authority over "the establishment, maintenance, and management of hospitals, asylums, charities, and eleemosynary institutions in and for the province, other than marine hospitals"[8] and that the federal government has authority over "quarantine and the establishment and maintenance of marine

hospitals."[9] Personal health was seen by society, and therefore politicians, as a purely private matter.[10]

8. It was only as mindsets began to change that the State gradually stepped in to adopt social measures, and that the idea for a health insurance program began to form in Canada's political consciousness.[11] During World War II, a proposal for a provincial health insurance plan subsidized by the Dominion was put forth but rejected. A federal cost-sharing plan in this field was also rejected in 1945.[12] It was not until 1957 that the Canadian Parliament passed the *Hospital Insurance and Diagnostic Services Act*.[13] By 1961, all the provinces had climbed aboard with their own hospital insurance plan. In response to the Royal Commission on Health Services,[14] Parliament passed the *Medical Care Act* in 1966.[15] Clearly, the purpose of both Acts was to share between the two levels of government the costs of implementing a public hospitalization and medical care plan.

9. Thus the federal government acted as a catalyst for the implementation in Canada of provincial health services plans, intervening through direct programs or, more often, transfer programs and conditional grants. It was within this system that the provinces put in place their public health care plans.[16] The cost-sharing formula was amended a few times.[17] In 1984, the *Canada Health Act* (CHA)[18] merged the 1957 legislation on hospital insurance with the 1966 legislation on medical care. The CHA listed the eligibility criteria that provincial plans needed to meet in order to qualify for federal grant money, namely: public administration; comprehensiveness; universality; portability; and accessibility.[19] Subsequently, financial difficulties led the federal government to slash its financial contribution to the provincial plans. It should be pointed out that in moulding the provincial health care plans, the federal government did not alter the constitutional assignment or distribution of powers, and that it carved out for itself an active and very important role in this field.[20]

C - Principles of Interpretation

10. The constitutional provisions dealing with distribution of powers are in and of themselves insufficient and too imprecise to allow a determination of the tasks that might fall to each level of government in the field of health. They must be supplemented with the decisions rendered by the courts that had to interpret them. Indeed, in the final analysis it is the courts that are called on to interpret a legislative or constitutional provision and assign it meaning, content and scope. In terms of distribution of powers, the courts have endeavoured to verify the true nature of legislative provisions whose validity was contested from a constitutional standpoint. To do so, they have set out a number of principles that we should touch on.[21]

11. First, the constitutional provisions governing distribution of powers, in particular sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, must be interpreted in the light of the federative intent underlying Canada's political and legal system. Second, these provisions must not be interpreted literally and in isolation, but in relation to one

another by means of a correlative interpretation. It is the entire body of legislative jurisdiction which is distributed in this manner through the Constitution, and consequently any matter can be governed by one or the other level of government. In theory, the jurisdiction assigned to a level of government is exclusive to that level and cannot be encroached on by the other, whether the incumbent government has exercised it or not.[22] There are, however, limits to this principle. A question can have two facets, with one coming under federal jurisdiction and the other provincial. In addition, while exercising its powers in a valid manner, one legislature can produce an incidental affect on a matter that falls under the jurisdiction of the other. At the same time as the distribution of legislative jurisdiction was explicitly set out, the distribution of the ensuing executive powers was also set out, implicitly.[23]

12. In order to confirm that a statute is valid in terms of division of powers, the courts examine its true nature. By analysing the actual objectives pursued by the statute under challenge and by taking into account – where appropriate but not necessarily – the effects it produces, the courts seek to verify the question to which the statute pertains and to identify which level of government holds the jurisdiction. If there is incompatibility between two constitutionally valid statutes, one federal and the other provincial, the federal statute prevails.

D - Impact of the *Canadian Charter*

13. The *Canadian Charter* guarantees the rights and freedoms set out therein. Exceptions to and limits on these rights and freedoms are possible only to the extent permitted.[24] Legislators as well as the federal and provincial governments are bound by it in all areas coming under their jurisdiction. On this level, the main effect of the *Canadian Charter* is to limit State sovereignty. That is why the federal or provincial State, in the exercise of its legislative and executive functions, cannot undermine it. Since it is a constitutional enactment, it applies to matters of both federal and provincial jurisdiction. Consequently, the distribution of powers between the two levels of government has no effect on the *Canadian Charter,* since the latter has no effect on the distribution of powers. One could not, for example, invoke the equality rights set out in section 15 of the *Canadian Charter* to contest before the courts a distinction that might exist between two provincial schemes.[25] Indeed, the *Canadian Charter* cannot be invoked in such a way as to amend the distribution of powers.[26]

14. So we see that the *Canadian Charter* limits legislators' sovereignty and does not affect the distribution of powers as such. But it is in the exercise of these powers that its effects are felt. Thus a legislative measure or the exercise of jurisdiction by a government entity may be challenged from the standpoint of its compatibility with the *Canadian Charter*. As in any other sector of activity, challenges based on the *Canadian Charter* can be the subject of legal proceedings. In terms of content, the *Canadian Charter* does not confer on individuals any right to health.[27] But other provisions can be invoked. For example, the Supreme Court of Canada in *Eldridge* v. *British Columbia (A.G.)*[28] ruled that a hospital, even if it is a private organization,[29]

controlled by the provincial government and implementing the policies of this government, must comply with the *Canadian Charter* and can be required on the basis of the equality rights set out in section 15 to offer sign language interpretation services to its patients who are hard of hearing. Similarly, if the federal government offers services to the public in the field of health, in so doing it must comply with section 20 of the *Canadian Charter* and make them accessible in both official languages. In its negotiations with the provinces on the public health care system and in accordance with the principle of linguistic duality (sec. 16 of the *Canadian Charter*) and its commitments under the *Official Languages Act*,[30] it must take all necessary measures in this regard to enhance the vitality of the official languages wherever they are found.

II - Constitutional Basis of the Provincial Role

A - General Remarks

15. When it comes to health, the provinces man the front lines. If the constitutional enactments did not assign specific authority for health, it was because in 1867 health was seen as a private matter.[31] Consequently, public authorities intervened in this area only on an exceptional basis in response to emergencies caused by epidemics or by the need to undertake rudimentary public health measures in urban areas. Most of the time, these measures were ordered by city councillors. The *Constitution Act, 1867*, seemed to reflect this reality when some of its provisions assigned the province jurisdiction for hospitals (subsection 92(7)), matters of a local nature (subs. 92(16)) and municipal institutions (subs. 92(8)).[32] In fact, it was in making reference to these provisions that right from the start, case law gave a very liberal interpretation to the provincial jurisdiction over health.[33] Thus "all matters concerning public health, with the exception of quarantine stations and marine hospitals, are within the exclusive purview of provincial legislation."[34]

B - Relevant Provisions

16. Today, the exercise of provincial jurisdiction over health care is a multifaceted undertaking, with all the facets pertaining to various classes of subjects listed in the *Constitution Act, 1867*. The most important are those which give the provinces exclusive authority to make laws in the following areas:
    - "the establishment, maintenance, and management of hospitals, asylums, charities, and eleemosynary institutions in and for the province, other than marine hospitals" (subs. 92(7));
    - "generally all matters of a merely local or private nature in the province" (subs. 92(16));
    - "property and civil rights in the province" (subs. 92(13)); and
    - "education" (sec. 93).

    Taken individually or together, these provisions are seen as assigning the provinces primary authority for health, in the form of hospital or health care services, the practice of medicine, training of health professionals and regulation of their profession, hospital and health insurance, and occupational health.[35]

- *Establishment and Management of Hospitals*

17. Subsection 92(7) assigns the provinces specific jurisdiction over the establishment and administrative organization of the hospital system.[36] The public or private nature of an institution is of no import here; it is the provinces that determine their vocation and services. The only limit explicitly mentioned in this provision has to do with marine hospitals. The reason for this exception is that subsection 91(11) assigns the

Parliament of Canada exclusive authority for quarantine and the establishment and maintenance of marine hospitals. It is on the basis of this jurisdiction that the courts have, among other things, confirmed the provinces' authority to make laws on detention of mentally ill persons,[37] establishment of hospital therapeutic abortion committees[38] and the right to strike and labour relations within a hospital.[39]

- *Matters of a Strictly Local or Private Nature*

18. Some argue that subsection 92(16) is the basis on which the provinces are recognized as having general if not extensive jurisdiction over public health.[40] Indeed, it seems that health itself can be seen on the whole as a strictly local matter. If that is the case, it should be pointed out that such jurisdiction, as general as it is, cannot extend to the classes of subjects assigned exclusively to the federal domain.[41] In any event, in *Schneider v. the Queen*[42] the Supreme Court of Canada upheld the constitutional validity of a British Columbia statute imposing drug treatment, basing its decision on, among other things, subsection 92(16). Drug dependency constitutes a local matter even though, seen in a different light, it could come under criminal law.

- *Property and Civil Rights*

19. It has already been determined that, from a constitutional standpoint, Canada's Parliament could not institute an unemployment insurance plan.[43] This program involves insurance and affected employers' and employees' civil rights. Consequently, subsection 92(13) was invoked to allow the provinces to establish a contributory health plan, be it a hospital, medical or drug insurance scheme, and to define its terms and conditions. In 1977, the Supreme Court of Canada upheld the provinces' authority to establish a compulsory, universal automobile insurance plan, basing its ruling on subsection 92(13).[44] This applies as well to health insurance.[45] Also, the courts ruled very early on that because they are based on contracts, trade and commerce within a province constitute a matter of private law coming under provincial jurisdiction, pursuant to subsection 92(13).[46] The provinces can, therefore, intervene in all the stages of the production and marketing of a product, and can also control its quality and quantity. For our purposes, this provincial jurisdiction comes into play for food products, drugs and other health products.[47] But this authority is limited by the principle of extra-territoriality, which opens the door to federal intervention.[48] Last and in a general sense, private law comes under provincial jurisdiction in accordance with subsection 92(13). Consequently, relations between a patient and a physician or with another health professional, and between a patient or physician and a hospital constitute a matter coming under provincial authority, as do most questions of liability in contract and tort. The same is true of the establishment, regulation and control of health professions, in particular the practice of medicine, as well as professional discipline and, in a general sense, the field of labour relations.[49]

- *Education*

20. Section 93 of the *Constitution Act, 1867*, assigned the provinces exclusive authority to make laws in the area of education. Thus university programs, diploma oversight and proficiency tests in the field of health are all matters coming under provincial authority.[50] This authority also affords the provinces a role in the field of research.

- *Other Powers*

21. A province's ability to intervene in the field of health is not limited to the specific jurisdictions already listed. In constitutional law, the exercise of its powers is also valid to the extent that such exercise can be tied in with any other area of jurisdiction explicitly set out in section 92.[51] Accordingly, it was judged that under subsection 92(9) a province can impose a mandatory registration procedure for health professionals[52] or assign professional associations the authority to impose fines and other penalties under subsection 92(15).[53] Its powers in the area of agriculture[54] (sec. 95), direct taxation (subs. 92(2)) or prisons and reformatories (subs. 92(15)) also afford it an incidental role in health.[55]

III - Constitutional Basis of the Federal Role

A - General Remarks

22. From a constitutional standpoint, we can see that health has been viewed by and large as a general envelope for which the provinces have primary responsibility. Today, however, the federal government is also very active in this area. It was when the Parliament of Canada began to get involved in social measures that the courts were called on to identify the constitutional basis for this intervention and to specify its limitations.[56] Except for an area of jurisdiction explicitly enumerated, federal authority over health matters generally derives from a triple source, namely Parliament's authority to legislate in the area of criminal law, the federal government's spending power and perhaps its authority to ensure peace, order and good government.[57] For its part, the doctrine examines this question mainly to verify whether Parliament, from a constitutional standpoint and as the architect of a pan-Canadian public health care scheme, can compel the provinces to comply with national standards that it, itself, sets.[58]

B - Relevant Provisions

- *Quarantine and Marine Hospitals*

23. Subsection 91(11) assigns Parliament exclusive authority to make laws concerning "quarantine and the establishment and maintenance of marine hospitals." This explicit exception to provincial jurisdiction in this area[59] is attributable to the fact that primary jurisdiction in marine matters was assigned to Parliament, particularly for navigation and the merchant marine (subs. 91(10)) and the naval service (subs. 91(7)).

- *Criminal Law*

24. Subsection 91(27) assigns Parliament exclusive authority to legislate with regard to "the criminal law, except the constitution of courts of criminal jurisdiction, but including the procedure in criminal matters." This assignment must be viewed in its broadest sense.[60] The definition of criminal law is not rooted to a specific era or field; it evolves. The only characteristic common to all crimes is that they are prohibited and liable to sanction.[61] This jurisdictional assignment authorizes Parliament to prohibit, for either preventive or punitive purposes,[62] any act or behaviour and to impose sanctions for an offence. It can proclaim new crimes.[63] But because a crime cannot be proclaimed in a void, it must be associated with situations deemed undesirable. In criminal law, federal statutes must not only decree a prohibition and sanctions, but they must also pursue an objective which is in the public realm and generally recognized in criminal law. In this regard, the Supreme Court of Canada has already defined a public objective as being – and the list is not exhaustive – public

peace, order, safety, *health* and morality.[64] Last, federal legislation must not constitute a specious encroachment upon provincial jurisdiction. Disguised legislation is not allowed under Canadian constitutional law.[65]

25. From a constitutional standpoint, health occupies a grey area. Both Parliament and the provinces can intervene within their respective jurisdictions – hence the importance of highlighting the plenary nature of the jurisdiction that Parliament exercises in criminal law. It was determined that pursuant to this jurisdiction, Parliament may prohibit or control the manufacture, sale and distribution of products posing a public health risk. Parliament may impose labelling and packaging requirements for hazardous products and warnings on cigarette packages.[66] Federal legislation on food and drugs is perfectly valid,[67] just as it is on narcotics.[68] Parliament is also authorized to criminalize abortion[69] and to ban the sale of furniture considered hazardous for children.[70] It can make it illegal to produce and sell hazardous products and therefore prohibit certain substances in food products.[71] But it may not impose standards on food composition, as this does not involve public health.[72] Similarly, the prohibition on the sale of margarine was not aimed at protecting public health; rather, this measure was aimed at protecting the dairy industry.[73] To sum up, if its jurisdiction in criminal law enables the federal government to play a significant role in public health protection, this single area of jurisdiction has little impact on the implementation and maintenance of a public health care scheme.

- *Spending Power*

26. Generally, one level of government may spend in areas coming under the jurisdiction of the other. This can be likened to an owner exercising his power to dispose of his property as he sees fit. But in so doing and from a constitutional standpoint, it must not attempt to control or regulate those areas that come under the other's jurisdiction.[74] In the area of health, the federal government played a key role in implementing a public health care plan in all the provinces. To that end, it availed itself of its spending power. There is no explicit provision for this in the constitutional enactments. Rather, it derives from the manner in which these are interpreted, particularly the provisions of the *Constitution Act, 1867*, which deal with federal taxation power (subs. 91(3)), the authority to make laws with regard to public property (subs. 91(1A)) and the power to appropriate federal funds (sec. 106).[75]

27. Federal legislation, which provides for the allocation of funds in provincial areas through transfer or grant programs, sometimes contains conditions that must be observed by the provinces if they wish to receive this funding. To avoid regional disparities, lawmakers have often inserted into this legislation what is now called "national standards." In order to be constitutionally valid, the conditions must not alter the true substance of the statute or be tantamount to regulations governing a matter which comes under provincial jurisdiction. A province that enacts a law in

order to conform to these standards is considered to be doing so of its own volition, since there is nothing obliging the province to do so from a legal standpoint.[76]

28. But can the contents of these conditions or "national standards" alter the true nature of the federal statute in question and thus constitute a disguised attempt at regulating an area of provincial jurisdiction? As we know, the *Canada Health Act*[77] contains conditions to which the provinces must adhere if they wish to remain eligible for federal funds. This legislation has never been challenged in the courts – one can understand why, from the provinces' viewpoint. But seen in a different light, the Supreme Court of Canada has already ruled that the simple withholding of funds by federal authorities in the event that a province fails to abide by the conditions prescribed in the federal statute does not in and of itself amount to regulating a provincial matter.[78] In *Winterhaven Stables Ltd.* v. *A.G. Canada*,[79] the Alberta Court of Appeal ruled that pursuant to its spending power, Parliament may impose conditions while exercising this power, even if this creates pressure on the provinces to adapt their legislation accordingly. This does not amount to regulating a provincial matter. It was also stated that a distinction must be made in this field between the power to make laws and the power to enter into contracts. In the latter case, nothing would prevent the federal authorities from setting the conditions they want in an agreement or contract to which the provinces remain free to adhere.[80]

29. In any case, federal activity in the field of health care is a clear affirmation of federal spending power. Obviously, the exercise of this power is generating enormous tension within the Canadian federal system. On the one hand, the Canadian government is acting on its commitment in section 36 of the *Canadian Charter* to provide all Canadians with reasonably comparable levels of public services at reasonably comparable levels of taxation. On the other hand, the provincial governments are demanding the right to fully exercise their sovereignty in this area. In this regard, a province does not really have the choice of accepting or refusing the conditions unilaterally put forth by the federal authorities. If a province refuses to participate in a federal initiative aimed at, say, implementing a new program, the taxpayers of that province would pay (through their federal taxes) for the program to be implemented in the participating provinces without being able to reap the benefits themselves. Thus the federal government's ability to use its spending power to influence provincial schemes and impose so-called national standards depends in large part on its financial wherewithal; this influence is likely to diminish in step with the decrease in federal transfers to the provinces... especially since a province may hesitate to implement a federal proposal, even a generously funded one, in the knowledge that a few years down the road the federal authorities may unilaterally decide to terminate their payments to the province. It should be pointed out that a disadvantage of such a system is that it creates some confusion in terms of accountability. Since maintaining existing programs and their quality depends on both provincial and federal funding, it becomes difficult to determine who is responsible for what, and when difficulties do arise, the two levels of government take turns passing the buck to one another.

- *Peace, Order and Good Government*

30. The introductory portion of section 91 of the *Constitution Act, 1867*, authorizes the Parliament of Canada "to make laws for the peace, order, and good government of Canada." Because the distribution of powers is comprehensive, this authority to make laws for peace, order and good government is exercised in respect of all matters not coming within the classes of subjects assigned exclusively to the provinces or enumerated in section 91.[81] This authority has been interpreted by case law to comprise two elements. The first empowers Parliament to legislate in situations of emergency or national crisis. By its very nature, this authority can be exercised only on a temporary basis.[82] The other element involves Parliament's ability to make laws on any matter that is in the interest of the federation as a whole. This is where the doctrine of national dimensions or national concern comes in.

31. In *R.* v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*,[83] the Supreme Court of Canada spelled out this theory of national interest.

> 1. The national concern doctrine [...] is separate and distinct from the national emergency doctrine...;
> 2. [The national concern doctrine] applies to both new matters which did not exist at Confederation and to matters which, although originally matters of a local or private nature in a province, have since, in the absence of national emergency, become matters of national concern;
> 3. For a matter to qualify as a matter of national concern in either sense it must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern and a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution;
> 4. In determining whether a matter has the requisite singleness, distinctiveness and indivisibility, it is relevant to consider what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter.[84]

32. Thus the mere fact that a matter is of importance to the Canadian population as a whole does not necessarily mean that it has a national dimension or make it a national concern. The mere fact that health insurance is perceived as a Canadian value does not alter its nature, from a constitutional standpoint. In *A.G. Canada* v. *A.G. Ontario*,[85] the federal authorities' argument that unemployment insurance had attained a national dimension was not upheld.[86] The merely local or private nature of health constitutes an important basis for provincial intervention in this area.[87] But health also comprises aspects that come under federal authority.[88] Do certain aspects of the public health care system, in particular national standards governing public administration, comprehensiveness, universality, portability and accessibility, constitute a matter possessing a singleness, distinctiveness and indivisibility that make it distinct from provincial powers in this area? More important, can a province's failure or inability to deal effectively with these aspects inside its territory have an adverse effect on extra-provincial interests? Some say that by virtue of this authority, the Parliament of Canada could indeed intervene in such areas as AIDS,

abortion, smoking or foreigners' access to the medical profession.[89] But all these aspects have no bearing on the actual nature of today's health care system. The usefulness of the discussion lies, of course, in providing a basis for federal intervention without federal authorities necessarily having to use their spending power.

- *Other Powers*

33. As in the case of a province, the federal government's ability to intervene in health matters also remains possible to the extent that such intervention can be associated with another area of jurisdiction expressly assigned to the Parliament of Canada by the *Constitution Act, 1867*. Thus it is by virtue of their authority with regard to the militia, military and naval service, and defence (subs. 91(7)) that the federal authorities established and maintain veterans' hospitals. Parliament's exclusive jurisdiction over patents of invention and discovery (subs. 91(22)) and copyrights (subs. 91(23)) enables federal authorities to intervene in the area of scientific research and, more specifically, biomedical, genetic and pharmaceutical research. Parliament's jurisdiction over interprovincial and international trade enables the federal government to oversee exchanges of medical technology and of hospital equipment. In the area of agriculture and immigration-related health matters, federal legislation prevails (sec. 95). In businesses that come under its jurisdiction, Parliament can regulate health and safety matters as well as labour relations (subs. 92(10)).[90] The *Constitution Act, 1871*, enables it to exercise provincial health powers in federal territories.[91] Last, Parliament's authority with respect to Indians, and lands reserved for the Indians (subs. 91(24)), certainly enables federal authorities to deal with Aboriginal health matters.[92] Curiously, federal authorities consider Aboriginal health matters to fall under provincial responsibility.[93]

IV - Health in Other Federations

34. Contrary to unitary systems, a federal system distributes the exercise of internal sovereignty between a central State and member States. This model is adopted by a State because it constitutes a form of government adapted to its specific needs and characteristics. How have other federations gone about the task of distributing powers in the area of health? In this regard, the Canadian system is but one model among others, and all variations remain possible. Our purpose here is not to systematically review the manner in which other federal systems operate in this field. Rather, and for purposes of comparison, we would like to touch on and summarize a few experiences in other countries that might be of interest to Canada, in view of their level of economic development, their population and territory, and their proximity and influence.

A - Australia

35. At the time of confederation in 1867 and influenced in this regard by the United States, where the same thinking prevailed, Canada's population looked on health care as a private matter. During the same period, Australia took the opposite position. It was very receptive to European ideas in this field, which held that health care was a personal right. Thus public access to health care and hospitals seemed to go without saying. At a time when most Canadian hospitals were private and many were managed by religious communities, Australia already had a public hospital network.[94]

36. In the beginning, it was the federated States rather than the federal State which dispensed health services to the public. Responsibility for health stemmed from the residual jurisdiction vested in the federated States under the Australian constitution, which assigned the federal State only the authority for quarantine. But the federal State's interest in promoting social measures led it to create a federal ministry of health in 1921 and to become more involved in setting health policy. It seems that the relationship between the two levels of government has been a collaborative one, all the more so since, unlike the Canadian provinces, the federated States are far more dependent on the central State for funding. Similarly, while Canada's politicians were concerned about removing financial barriers to access to health care, Australia was firmly committed to developing the actual provision of health services.[95]

37. An amendment to the constitution in 1943 specifically authorizes the federal State to adopt measures relating to pharmaceuticals, disease, and hospital, medical and dental services. Today both levels of government are concurrently and actively involved in the field of health, often in concert with local communities. Australia has a universal system of health benefits (Medicare) guaranteeing residents access to medical care and drugs at a reasonable cost, as well as free access to hospital care. Three-quarters of hospitals are public and their services are complemented by a network of private clinics. It is the federal State, with its exclusive authority to levy taxes, which funds

the bulk of the system through a general tax and an income-related deduction for health insurance.[96]

B - United States

38. The health care system in this country is relatively complex. It involves both the public sector, comprising the federal State, member States and local communities, and the private sector, comprising insurance carriers and individual plans. Health care is dispensed locally within a loosely structured system. There is a free market when it comes to hospital services. There is no health planning at the federal level, although several reforms have been put forth with a view to controlling rising costs and improving accessibility to care. At the member States level, the role of the public authorities appears modest and is often limited to overseeing projects to create hospitals or health care centres. Most hospitals are managed by private, not-for-profit institutions, but some are owned by private for-profit corporations or public authorities.[97]

39. The United States does not have a general health insurance system. The public sector offers Medicare, a universal, national health insurance plan for seniors and persons with disabilities. The federal government manages this scheme, which serves about 13 percent of the population. It is financed through a formula combining pay deductions, federal funds and premiums. The public sector also operates Medicaid. This health insurance program is aimed at the disadvantaged and serves about 10 percent of the population. Funding comes from the federal government and the federated States. Federal funding varies according to the federated State's wealth (between 50 and 83 percent of the total). Medicaid is managed by the federated States, but this is done in accordance with federal guidelines on categories of recipients and the range of services covered. The federal authorities, the federated States and the local communities also subsidize health care centres or hospitals for those most in need, or reimburse the institutions dispensing the care. But the vast majority of the public has recourse to the programs run by the private sector.[98]

C - Belgium

40. Unitary at the time of its founding in 1831, Belgium became a highly decentralized State following recent constitutional reforms. It has a federal system that comprises, in addition to the federal government, three cultural communities (French, Flemish and German-speaking) and three regions (Flemish, Walloon and Brussels-Capital). The constitution assigns the regions mainly economic powers; the regions are also involved in health and safety policies. The communities have exclusive jurisdiction over cultural matters, including education, and "personal matters" – the latter being matters closely linked with an individual's life within his or her community.[99]

41. "Personal matters" encompass hospital and social services, which are organized and managed by the communities. The communities apply health policy, which comprises care delivery measures, health education and preventive medicine activities and services. Individuals are required to join a mutual company, which reimburses the cost of services. But the federal government plays a very important role in the field of health through its financial support, public health initiatives and, above all, regulation of access to and exercise of health professions.[100]

Conclusion

42. From a constitutional standpoint, primary responsibility for health services and care belongs to the provinces. The main reason for this is that the current public system is modelled after the insurance sector, a matter of ownership and civil rights in the provinces, and also because from very early on health was seen as a local or private matter. The creation and structuring of hospitals and health care centres, education, health professions, coverage of insured services, allocation and distribution of financial and medical resources… these are all sectors for provincial intervention. And it would appear that this is how it should be, to the extent that a province, on account of its proximity with the population, is well acquainted with their real needs and seems to be the level of government most able to meet these needs.

43. But health, in view of the realities involved, definitely has elements that come under federal authority. The Canadian government intervenes in this field by means of specific powers. Its criminal law authority and, in particular, its spending power enable it to play an important role. While this spending power has not been challenged in the courts, it is nevertheless a source of tension. And although the *Canadian Charter* does not confer any right of access to health care, the fact remains that as things stand today, the Canadian public believes it has this right. In our opinion, the fact that access to health care constitutes a value in the eyes of Canadian society does not necessarily make it a matter of national concern, thereby opening the door to federal intervention in the interest of peace, order and good government. Clearly, however, the federal authorities – if only because of their commitments – have an important role to play in this field.

44. The public health care system is in the midst of a crisis. Increasingly, the decisions that must be taken in this regard involve governments' social policies and their financial situation. The rules of law can be used to identify who does what. They cannot, however, solve the problems currently plaguing the health care system. As in other federations, it is through a process of consultation and negotiations, rather than unilateralism, that the federal and provincial governments make their decisions. Is this not the true spirit of federalism? Thus it is through political action that any development concerning the role played by each level of government in this field must take shape. When all is said and done, the law is simply a reflection of the agreements reached in this field, and any proposal in this regard oversteps the strictly legal boundaries of the present study.

Notes

1. According to the terms of our mandate.

2. *Constitution Act, 1867*, sec. 91 and 92.

3. See *The Canadian Oxford* (1998).

4. See *Petit Robert*, tenth edition.

5. [1982] 2 S.C.R. 112.

6. *Ibid.*, p. 142 (J. Estey).

7. See: *What's Law Got To Do with It?* Report of the Task Force on Health Care, Canadian Bar Association, 1994, p. 2-14; Swartz, D., *The Politics of Reform: Public Health Insurance in Canada*, (1993) 23 (2) Int. J. of Health Services, 219; Lajoie, A. and Molinari, P.A., *Le partage constitutionnel des compétences en matière de santé*, (1978) 56 Canadian Bar Review, 579.

8. Subs. 92(7).

9. Subs. 91(11).

10. *What's Law Got To Do with It?* Report of the Task Force on Health Care, *supra*, note 7, p. 3.

11. *Ibid.* As early as 1919, the Liberal Party of Canada included this element in its political program. See also: Taylor, M.G., *Health Insurance and Canadian Public Policy*, 2 ed., (Kingston and Montreal: McGill-Queen's University Press, 1987).

12. *Ibid.* It should be pointed out that at the instigation of their New Democratic governments, certain provinces, notably Saskatchewan, played a very major role in implementing a public health system. Hospital insurance was introduced in Saskatchewan in 1947. British Columbia followed suit in 1949.

13. S.C. 1957, c. 28.

14. See the *Report of the Royal Commission on Health Services*, Ottawa, Queen's Printer, 1964-65 (chairman: E. Hall).

15. S.C., 1966-67, c. 64.

16. Duperré, T., *La perspective fédérale/provinciale dans le système de santé et de services sociaux du Québec*, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux [Commission of Inquiry on Health Services and Social Services], Quebec City, August 1987, p. 2-3.

17. See the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act*, S.C. 1977, c. 10. This legislation was later amended in step with the decline in federal contributions.

18. R.S.C., c. C-6.

19. *Ibid.*, sec. 7-12.

20. *What's Law Got To Do with It?* Report of the Task Force on Health Care, *supra*, note 7, p. 12.

21. See: Brun, H. and Tremblay, G., *Droit constitutionnel*, 3rd ed., (Montreal: Ed. Yvon Blais, 1997) p. 457 to 475 and Hogg, P.W., *Constitutional Law in Canada*, Student Edition (Toronto: Carswell, 2001), p. 387-399.

22. Certain matters, like immigration and agriculture, were assigned to both levels of government, which have "concurrent" jurisdiction over these areas. If there is a conflict between a federal statute and a provincial one, the federal statute prevails. See section 95 of the *Constitution Act, 1867*.

23. It should be pointed out that federal or provincial lawmakers are authorized to delegate jurisdiction to an organization subordinate to the other level of government. This form of cooperation conforms to the spirit of federalism and was found to be constitutionally valid by the courts. See: *P.E.I. Potato Marketing Board* v. *H.B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392; *Coughlin* v. *Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569.

24. Section 33 of the *Canadian Charter* provides for an express declaration mechanism for exceptions to fundamental freedoms (sec. 2) or to legal and equality rights (secs. 7 to 15). Under section 1, the rights and freedoms set out in the *Canadian Charter* are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

25. Including the territories according to sec. 32 of the *Canadian Charter*. See *R.* v. *S.(S)*, [1990] 2 S.C.R. 254.

26. Brun, H. and Tremblay, G., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 886.

27. *What's Law Got To Do with It?* Report of the Task Force on Health Care, *supra*, note 7, p. 21-29.

28. (1997) 151 D.L.R. (4) 577.

29. Contrary to provincial charters of rights and freedoms, the *Canadian Charter* generally does not apply to private matters. See: *Douglas/Kwantlen Faculty Association* v. *Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570.

30. S.C., 1988, c. 38. Section 41 states: "The Government of Canada is committed to (a) enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and supporting and assisting their development; and (b) fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society."

31. *Supra*, para. 7.

32. McKall, R.T., *Constitutional Jurisdiction Over Public Health*, (1975) 6 Manitoba Law Journal, 317, p. 317-318.

33. Lajoie, A. and Molinari, P.A., *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 581-584.

34. *Rinfret* v. *Pope*, (1886) 12 Q.L.R. 303, p. 315. See also: *La municipalité du village de Saint-Louis du Mile-End* v. *Cité de Montréal*, (1886) 2 M.L.R. S.C. 218; *Re George Bowack*, (1892) 2 B.C.R. 216; *Canadian Pacific Navigation* v. *City of Vancouver*, (1892) 2 B.C.R. 193.

35. Beaudoin, G.A., *La constitution du Canada*, (Montreal: Wilson & Lafleur, 1990), p. 509-512; Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 463-464; Gibson, D., *The Canadian Health Act and the Constitution*, (1996) 4 Health Law Journal, p. 1-5; Jackman, M., *The Constitutional Basis for Federal Regulation of Health*, (1977) 5 Health Law Journal, 3, p. 4; McKall, R.T., *op. cit.*, *supra*, note 32, p. 320-323; Brun, H. and Tremblay, G., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 547; and in general see Lajoie, A. and Molinari, P.A., *op. cit.*, *supra*, note 7.

36. *In re Shelly*, (1913) 4 W.W.R. 741.

37. *Fawcett* v. *A.G. of Ontario & A.G. of Canada* [1964] S.C.R. 625.

38. *Carruthers* v. *Therapeutic Abortion Committee*, (1983) 6 D.L.R. (4) 57.

39. *C.E. Jamieson and Co.* v. *A.G. Canada*, [1988] 1 F.C. 590; *Bell Canada* v. *Québec (C.S.S.T.)*, [1988] 1 S.C.R. 749. See also: *Alltrans Express Ltd. v. Worker's Compensation Board*, [1988] 1 S.C.R. 897; *C.N.* v. *Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; *R.* v. *Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213.

40. Lajoie, A. and Molinari, P.A., *op. cit.*, note 7, p. 581 and 597; Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 464.

41. Section 91 *in fine* states: "And any matter coming within any of the classes of subjects enumerated in this section shall not be deemed to come within the class of matters of a local or private nature comprised in the enumeration of the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the legislatures of the provinces."

42. *Supra*, note 5. See also: *Reference re: Intoxicated Persons Detention Act (Manitoba)*, (1981) 1 W.W.R. 333.

43. *In the Matter of a Reference as to Whether the Parliament of Canada Had Legislative Jurisdiction to Enact the Employment and Social Insurance Act*, [1936] S.C.R. 427; *A.G. Canada* v. *A.G. Ontario*, (1937) A.C. 355. In 1940, the Constitution was amended by the addition of subsection 91(2A) on unemployment insurance. See the *Constitution Act, 1940*, 3-4 George VI, c. 81.

44. *Canadian Indemnity Co.* v. *A.G. British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504.

45. Beaudoin, G.A., *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 510.

46. *Citizens Insurance Co.* v. *Parsons*, (1881) 7 A.C. 96.

47. *Reference: Validity of Section 5(A) of the Dairy Industry* Act, [1950] 4 D.L.R. 689. See also: *Labatt Breweries* v. *A.G. of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914.

48. Pursuant to the federal authority over regulation of trade and commerce, see subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. See also: Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 489-502.

49. *Ex Parte Fairbain*, (1877) 18 N.B.R. 4; *Metherwell* v. *The Medical Council of British Columbia*, (1892) 2 B.C.R. 186; *Stinson v. College of Physicians & Surgeons (Ont.)*, (1911) 22 O.L.R. 627; *Hunt* v. *College of Physicians & Surgeons (Sask.)*, (1925) 3 W.W.R. 758; *R.* v. *Sirkis*, (1930) 2 W.W.R. 93; *Re Hayward*, (1934) O.R. 133; *Landers* v. *Dental Society (New Brunswick)*, (1957) 7 D.L.R. (2) 583 and in general: *Re Underwool McLellan Associated Ltd. & Ass. of Professional Engineers*, (1980) 103 D.L.R. (3) 268.

50. *Metherwell* v. *The Medical Council of British Columbia*, *supra*, previous note.

51. Lajoie, A. and Molinari, P.A., *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 600.

52. *Ex Parte Fairbain*, *supra*, note 49. Subsection 92(9) assigns the province authority over "shop, saloon, tavern, auctioneer, and other licences in order to the raising of a revenue for provincial, local, or municipal purposes."

53. *Landers* v. *Dental Society (New Brunswick)*, *supra*, note 49. Subsection 92(15) assigns the province authority over "the imposition of punishment by fine, penalty, or imprisonment for enforcing any law of the province made in relation to any matter coming within any of the classes of subjects enumerated in this section."

54. In the event of conflict, however, the provincial statute must yield to the federal statute.

55. See Beaudoin, G.A., *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 510.

56. Lajoie, A. and Molinari, P.A., *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 586 and ss.

57. *What's Law Got To Do with It?* Report of the Task Force on Health Care, *supra*, note 7.

58. See *supra*, note 36. See also: Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 163-168.

59. *Supra*, para. 17.

60. *RJR-Macdonald Inc.* v. *Canada (A.G.)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Scowby* v. *Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *A.G. for Ontario* v. *Hamilton Street Railway Co.*, (1930) A.C. 524.

61. *RJR-Macdonald Inc.* v. *Canada (A.G.)*, *supra*, previous note; *R.* v. *Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Proprietary Articles Trade Association* v. *A.G. of Canada*, (1931) A.C. 310.

62. *R.* v. *Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Morgentaler* v. *R.*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R.* v. *Furtney* [1991] 3 S.C.R. 89.

63. *Goodyear Tire & Rubber Co.* v. *The Queen*, [1956] S.C.R. 303.

64. *Reference: Validity of Section 5(A) of the Dairy Industry Act*, *supra*, note 47; *R.* v. *Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R.* v. *Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463.

65. Brun, H. and Tremblay, G., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 503.

66. *RJR - MacDonald Inc.* v. *Canada (A.G.)*, *supra*, note 60.

67. *R.* v. *Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Standard Sausage Co.* v. *Lee*, (1934) 1 D.L.R. 706; *R.* v. *Perfection Creameries Ltd.*, (1939) 3 D.L.R. 185. See the *Food and Drugs Act*, now R.S.C., 1985, c. F-27.

68. *Ex Parte Wakaboyaski*, [1928] 49 C.C.C. 392; *Belleau* v. *Minister of National Health and Welfare*, (1948) R.C.E. 288. Contra: *R.* v. *Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984 in which the validity of the federal legislation was upheld on the basis of Parliament's authority to make laws for peace, order and good government. Now see the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C., 1996, c. 19.

69. *Morgentaler* v. *R.*, *supra*, note 62; *R.* v. *Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30.

70. *R.* v. *Cossman's Furniture (1992) Ltd.*, (1976) 73 D.L.R. (3) 312.

71. *R.* v. *Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Standard Sausage Co.* v. *Lee*, *supra*, note 67; *Berryland Canning Co.* v. *The Queen*, [1974] F.C. 91.

72. *Labatt Breweries* v. *A.G. Canada*, *supra*, note 47.

73. *Reference: Validity of Section 5(A) of the Dairy Industry Act*, *supra*, note 47.

74. Brun, H. and Tremblay, G., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 443-444; Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 163-173. For example, in *Dunbar* v. *A.G. Saskatchewan*, (1984) 11 D.L.R. (4) 374, provincial legislative authorization for payment of $1 million in international assistance was found to be valid.

75. See: Gibson, D., *op. cit.*, *supra*, note 35; Jackman, M., *op. cit.*, *supra*, note 35. See also in general: Lederman, W., *Some Forms and Limitations of Cooperative Federalism*, (1967) 45 Canadian Bar Review, 409; Driedger, E., *The Spending Power*, (1981) 7 Queen's Law Journal, 124; Magnet, J.E., *The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada*, (1978) 10 Ottawa Law Review, 473. For an opposing viewpoint, see: Petter, A., *Federalism and the Myth of the Federal Spending Power*, (1989) 68 Canadian Bar Review, 448.

76. *Mercer* v. *A.G. for Canada*, (1971) 3 W.W.R. 375; *Central Mortgage & Housing Corp.* v. *Cooperative College Residence Inc.*, (1977) 71 D.L.R. (3) 183; *YMHA Jewish Community Centre* v. *Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532; *Finlay* v. *Canada*, [1986] 2 S.C.R. 607; *Re Canada Assistance Plan*, [1991] 2 S.C.R. 525.

77. *Supra*, note 18 and para. 9.

78. In *Re Canada Assistance Plan*, *supra*, note 76, British Columbia contested the reduction in federal funds for the wealthiest provinces in the fields of public assistance and social policy.

79. (1988) 53 D.L.R. (4) 413.

80. Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 166. See also Scott, F.R., *The Constitutional Background of Taxation Agreements* in "Essays on the Constitution," (Toronto: University of Toronto Press, 1977), p. 297 where the author states: "Generosity in Canada is not unconstitutional, making a gift is not the same as making a law."

81. Brun, H. and Tremblay, G., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 552-567; Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 421 and ss.

82. For an explanation of this authority and its exercise, see: *Reference Re Anti Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373.

83. [1988] 1 S.C.R. 401. At question was whether the Parliament of Canada could regulate the dumping of waste in provincial waters when it had not been proven that the said waste had a polluting effect on extra-provincial waters.

84. *Ibid.*, p. 431-432. (J. Le Dain).

85. *Supra*, note 43.

86. Unemployment insurance was found to be first and foremost a contractual matter coming under provincial authority in the area of property and civil rights.

87. *Supra*, para. 18.

88. *Supra*, para. 6.

89. Gibson, D., *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 19-24; Jackman, M., *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 8-11. See also: *What's Law Got To Do with It?* Report of the Task Force on Health Care, *supra*, note 7, p. 18-20. Contra: Lajoie, A. and Molinari, P.A., *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 600-601.

90. *Bell Canada* v. *Québec (C.S.S.T.)*, *supra*, note 39.

91. Beaudoin, G.A., *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 510.

92. *R.* v. *Swimmer*, (1971) 1 W.W.R. 756.

93. Indian and Northern Affairs Canada, "Indian Affairs in Canada and the United States," May 1, 2001, http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/info/info122_e.html.

94. Gray, G., *Federalism and Health Policy, the Development of Health Systems in Canada and Australia*, (Toronto: University of Toronto Press, 1991), p. 26-49 for the background.

95. *Ibid.*, p. 50-52.

96. Organisation for Economic Co-operation and Development, *The Reform of Health Care Systems – a Review of Seventeen OECD Countries*, 1994, c. 6, p. 59-61.

97. *Ibid.*, c. 22, p. 343-347.

98. *Ibid.*

99. *Québec-Communauté française de Belgique : autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral* (under the direction of P. Patenaude) (Université de Sherbrooke: Wilson & Lafleur, 1991), p. 21-39.

100. *Ibid.*

Case Law

A.G. Canada v. A.G. Ontario, (1937) A.C. 355.
A.G. for Ontario v. Hamilton Street Railway Co., (1930) A.C. 524.
Alltrans Express Ltd. v. Worker's Compensation Board, [1988] 1 S.C.R. 897.
Bell Canada v. Québec (C.S.S.T.), [1988] 1 S.C.R. 749.
Belleau v. Minister of National Health and Welfare, (1948) R.C.E. 288.
Berryland Canning Co. v. The Queen, [1974] F.C. 91.
Canadian Indemnity Co. v. A.G. British Columbia, [1977] 2 S.C.R. 504.
Canadian Pacific Navigation v. City of Vancouver, (1892) 2 B.C.R. 193.
Carruthers v. Therapeutic Abortion Committee, (1983) 6 D.L.R. (4) 57.
C.E. Jamieson and Co. v. A.G. Canada, [1988] 1 F.C. 590.
Central Mortgage & Housing Corp. v. Cooperative College Residence Inc., (1977) 71 D.L.R. (3) 183.
Citizens Insurance Co. v. Parsons, (1881) 7 A.C. 96.
C.N. v. Courtois, [1988] 1 S.C.R. 868.
Coughlin v. Ontario Highway Transport Board, [1968] S.C.R. 569.
Douglas/Kwantlen Faculty Association v. Douglas College, [1990] 3 S.C.R. 570.
Dunbar v. A.G. Saskatchewan, (1984) 11 D.L.R. (4) 374.
Eldridge v. British Columbia (A.G.), (1997) 151 D.L.R. (4) 577.
Ex Parte Fairbain, (1877) 18 N.B.R. 4.
Ex Parte Wakaboyaski, [1928] 49 C.C.C. 392.
Fawcett v. A.G. of Ontario & A.G. of Canada [1964] S.C.R. 625.
Finlay v. Canada, [1986] 2 S.C.R. 607.
Goodyear Tire & Rubber Co. v. The Queen, [1956] S.C.R. 303.
Hunt v. College of Physicians & Surgeons (Sask.), (1925) 3 W.W.R. 758.
In re Shelly, (1913) 4 W.W.R. 741.
Labatt Breweries v. A.G. of Canada, [1980] 1 S.C.R. 914.
Landers v. Dental Society (New Brunswick), (1957) 7 D.L.R. (2) 583.
Mercer v. A.G. for Canada, (1971) 3 W.W.R. 375.
Metherwell v. The Medical Council of British Columbia, (1892) 2 B.C.R. 186.
Morgentaler v. R., [1976] 1 S.C.R. 616.
La municipalité du village de Saint-Louis du Mile-End v. Cité de Montréal, (1886) 2 M.L.R. S.C. 218.
P.E.I. Potato Marketing Board v. H.B. Willis Inc., [1952] 2 S.C.R. 392.
Proprietary Articles Trade Association v. A.G. of Canada, (1931) A.C. 310.
R. v. Cossman's Furniture (1992) Ltd., (1976) 73 D.L.R. (3) 312.
R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401.
R. v. Furtney [1991] 3 S.C.R. 89.
R. v. Hauser, [1979] 1 S.C.R. 984.
R. v. Hydro-Québec, [1997] 3 S.C.R. 213.
R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30.
R. v. Morgentaler, [1993] 3 S.C.R. 463.
R. v. Perfection Creameries Ltd., (1939) 3 D.L.R. 185.
R. v. Sirkis, (1930) 2 W.W.R. 93.
R. v. Swain, [1991] 1 S.C.R. 933.
R. v. Swimmer, (1971) 1 W.W.R. 756.
R. v. Vaillancourt, [1987] 2 S.C.R. 636.
R. v. Wetmore, [1983] 2 S.C.R. 284.
R. v. Zelensky, [1978] 2 S.C.R. 940.
Re Canada Assistance Plan, [1991] 2 S.C.R. 525.
Re George Bowack, (1892) 2 B.C.R. 216.

Re Hayward, (1934) O.R. 133.
Re Underwool McLellan Associated Ltd. & Ass. of Professional Engineers, (1980) 103 D.L.R. (3) 268.
Reference Re Anti Inflation Act, [1976] 2 S.C.R. 373.
Reference re: Intoxicated Persons Detention Act (Manitoba), (1981) 1 W.W.R. 333.
Reference: Validity of Section 5(A) of the Dairy Industry Act, [1950] 4 D.L.R. 689.
Rinfret v. Pope, (1886) 12 Q.L.R. 303, p. 315.
Schneider v. The Queen, [1982] 2 S.C.R. 112.
Scowby v. Glendinning, [1986] 2 S.C.R. 226.
Standard Sausage Co. v. Lee, (1934) 1 D.L.R. 706.
Stinson v. College of Physicians & Surgeons (Ont.), (1911) 22 O.L.R. 627.
Winterhaven Stables Ltd. v. A.G. Canada, (1988) 53 D.L.R. (4) 413.
YMHA Jewish Community Centre v. Brown, [1989] 1 S.C.R. 1532.

Bibliography

1) Doctrine

Beaudoin, G.-A., *La constitution du Canada*, (Montréal: Wilson & Lafleur, 1990).

Brun, H. et Tremblay, G., *Droit constitutionnel*, 3rd ed., (Montreal: Ed. Yvon Blais, 1997).

Driedger, E., *The Spending Power*, (1981) 7 Queen's Law Journal, 124.

Dupéré, T., *La perspective fédérale/provinciale dans le système de santé et de services sociaux du Québec*, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, Quebec City, August 1987.

Gibson, D., *The Canadian Health Act and the Constitution*, (1996) 4 Health Law Journal.

Gray, G., *Federalism and Health Policy, the Development of Health Systems in Canada and Australia*, (Toronto: University of Toronto Press, 1991).

Hogg, P.W., *Constitutional Law in Canada*, Student Edition (Toronto: Carswell, 2001).

Jackman, M., *The Constitutional Basis for Federal Regulation of Health*, (1977) 5 Health Law Journal.

Lajoie A. and Molinari, P.A., *Le partage constitutionnel des compétences en matière de santé*, (1978) 56 Canadian Bar Review, 579.

Lederman, W., *Some Forms and Limitations of Cooperative Federalism*, (1967) 45 Canadian Bar Review, 409.

McKall, R.T., *Constitutional Jurisdiction Over Public Health*, (1975) 6 Manitoba Law Journal.

Magnet, J.E., *The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada*, (1978) 10 Ottawa Law Review, 473.

Petter, A., *Federalism and the Myth of the Federal Spending Power*, (1989) 68 Canadian Bar Review, 448.

Scott, F.R., *The Constitutional Background of Taxation Agreements* in "Essays on the Constitution," (Toronto: University of Toronto Press, 1977), p. 297.

Swartz, D., *The Politics of Reform: Public Health Insurance in Canada*, (1993) 23 (2) Int. J. of Health Services.

Taylor, M.G., *Health Insurance and Canadian Public Policy*, 2 ed. (Kingston and Montreal: McGill-Queen's University Press, 1987).

2) Reports

What's Law Got To Do with It? Report of the Task Force on Health Care, Canadian Bar Association, 1994.

Organisation for Economic Co-operation and Development, *The Reform of Health Care Systems - a Review of Seventeen OECD Countries*, 1994, c. 6, p. 59-61.

Québec-Communauté française de Belgique: autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral (under the direction of P. Patenaude) (Université de Sherbrooke: Wilson & Lafleur, 1991), p. 21-39.

Commission sur
l'avenir des soins de santé
au Canada

Commission on the
Future of Health Care
in Canada

ÉTUDE Nº 2

La santé et le partage des compétences au Canada

par
André Braën
Université d'Ottawa

juillet 2002

Les opinions exprimées dans ce document demeurent l'entière responsabilité de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de la Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada.

Le générique masculin sera utilisé uniquement dans le but d'alléger le texte.

Table des matières

Points saillants v

Sommaire vi

Introduction 1
- A - Les services de santé au Canada 1
- B - Le mandat 1
- C - Plan et méthodologie 2

I - Le partage constitutionnel des compétences 3
- A - Les difficultés de définition 3
- B - Le contexte historique et législatif 3
- C - Les principes d'interprétation 4
- D - L'incidence de la *Charte canadienne* 5

II - Le fondement constitutionnel des interventions provinciales 7
- A - Remarques générales 7
- B - Les dispositions applicables 7
  - L'établissement et l'administration des hôpitaux 8
  - Les matières d'une nature purement locale ou privée 8
  - La propriété et les droits civils 8
  - L'éducation 9
  - Autres compétences 9

III - Le fondement constitutionnel des interventions fédérales 10
- A - Remarques générales 10
- B - Les dispositions applicables 10
  - La quarantaine et les hôpitaux de marine 10
  - Le droit criminel 10
  - Le pouvoir de dépenser 11
  - La paix, l'ordre et le bon gouvernement 13
  - Autres compétences 14

IV - La santé dans d'autres fédérations 15
- A - L'Australie 15
- B - Les États-Unis 16
- C - La Belgique 17

Conclusion 18

Notes 19

Jurisprudence 25

Bibliographie 27

Points saillants

Cette étude porte sur le partage des compétences en matière de services de santé et tel qu'il découle de la Constitution canadienne. Elle procède à l'analyse des dispositions constitutionnelles pertinentes ainsi que de leur interprétation par les tribunaux. En traçant ainsi l'état du droit dans ce domaine, elle vise à informer la Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada sur les principes qui, au plan juridique, fondent les interventions tant fédérales que provinciales en santé publique et à lui permettre de recommander au gouvernement fédéral les politiques et mesures jugées nécessaires pour assurer à long terme la viabilité d'un système de soins universellement accessible et financé à même les deniers publics.

Sommaire

La hausse constante des coûts des soins de santé, le développement de la recherche et technologie médicales et le vieillissement de la population ainsi que ses attentes constituent autant de facteurs qui secouent le système canadien des services de santé et qui mettent en péril son universalité et son mode public de financement. La Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada a été chargée de recommander au gouvernement fédéral les mesures susceptibles d'assurer la viabilité et le développement de ce système. Au plan constitutionnel, les deux ordres de gouvernement, chacun dans ses domaines respectifs de compétence, sont habilités à intervenir en santé publique. La présente étude fait le point sur l'état du droit relatif aux fondements constitutionnels qui autorisent ces interventions.

Avant de procéder à l'analyse proprement dite des règles de droit applicables, l'étude insiste dans un premier temps sur les difficultés qu'engendre la définition de son thème principal, à savoir la santé, et sur leur incidence sur le partage des pouvoirs. Elle met aussi de l'avant les principes interprétatifs utilisés par les tribunaux en ce qui concerne les textes constitutionnels et s'interroge sur les conséquences que peut avoir en la matière la *Charte canadienne des droits et libertés*. En vertu du droit constitutionnel canadien, ce sont les provinces qui, au premier chef, sont habilitées à intervenir dans le domaine des soins de santé. Traditionnellement, c'est là un domaine qui fut très tôt considéré comme étant une affaire de nature purement locale et privée. La mise en place d'un système basé sur l'assurance (hospitalisation, soins médicaux ...) renvoie aussi à la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils. C'est donc à l'analyse de ces principes que procède dans un second temps la présente étude. D'autres compétences spécifiquement énumérées dans la *Loi constitutionnelle de 1867* permettent aussi aux provinces de consolider leur autorité que ce soit à l'égard de l'organisation et du maintien des établissements hospitaliers, de l'éducation ou des professions médicales. Mais le Parlement du Canada joue aussi un rôle significatif en matière de santé publique et c'est là l'objet de la troisième partie de l'étude. C'est surtout via sa compétence en droit criminel que le Parlement agit. Il le fait aussi au moyen de compétences spécifiques comme celles relatives à la quarantaine et aux hôpitaux de la marine, au commerce interprovincial et international, aux brevets et marques de commerce ou encore, au moyen de son pouvoir relatif à la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. Surtout, c'est grâce à son pouvoir de dépenser que le gouvernement fédéral a puissamment contribué à l'implantation d'un système gratuit et universel de soins de santé. L'étude procède donc à l'analyse des paramètres et limitations applicables à l'exercice de ce pouvoir. Finalement et en dernière analyse, l'étude procède sur une base comparative à la revue des systèmes applicables dans d'autres fédérations.

La Constitution canadienne permet donc aux deux ordres de gouvernement d'intervenir dans le domaine des soins de santé même si, par ailleurs, elle reconnaît en faveur des provinces une responsabilité première à ce chapitre. C'est là l'état actuel du droit, lequel invite davantage à la concertation et collaboration plutôt qu'à la compétition entre les gouvernements. Si le rôle de ces derniers doit être modifié, il revient aux acteurs politiques d'y pourvoir, le droit n'étant dans ce domaine que le reflet de leurs décisions.

Introduction

A - Les services de santé au Canada

1. Au moment de l'union canadienne en 1867, les soins de santé sont d'abord une préoccupation d'individus et d'organisations religieuses ou charitables. Ce n'est que graduellement et en particulier après le deuxième conflit mondial que le rôle de l'État, fédéral et provincial, ira en grandissant dans le domaine socio-sanitaire. Les coûts des services de santé étant en hausse, les gouvernements apparaîtront alors comme étant un moyen privilégié pour établir au Canada un régime de services de santé accessibles au public. Aujourd'hui, l'instauration et surtout le maintien d'un système public de soins de santé de grande qualité, viable et accessible, demeurent une priorité pour la société canadienne. Dans un contexte de vieillissement de la population, d'augmentation rapide des coûts, d'essor remarquable de la recherche scientifique et de la technologie médicale et alors que les attentes vont en s'accroissant, des questions essentielles sont posées. Elles ont trait tant à la recherche d'un financement suffisant et durable qu'à la disponibilité et l'universalité des soins et au développement des ressources humaines qui y sont impliquées.

2. Au Canada, les gouvernements, fédéral et provinciaux, sont des acteurs importants dans ce domaine. Alors qu'une réflexion s'impose à cet égard et déterminé à y jouer un rôle important, le gouvernement fédéral a mis sur pied la Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada. Celle-ci a pour mandat de recommander au gouvernement canadien les politiques et les mesures nécessaires pour assurer à long terme la viabilité d'un système de soins de santé universellement accessible et financé sur les deniers publics. L'exercice doit toutefois s'accomplir en tenant compte de la répartition des compétences et des pouvoirs au Canada. Pour ce faire, quatre thèmes principaux de recherche ont été identifiés par la Commission, à savoir (a) les valeurs canadiennes, (b) la viabilité, (c) les relations de coopération entre les principaux intervenants publics et privés dans le domaine de la santé et (d) la gestion du changement.

B - Le mandat

3. C'est donc dans ce contexte que nous avons été invités à préparer une étude portant sur le partage constitutionnel des compétences en matière de santé et de services de santé. Cette étude a pour objectif d'informer la Commission sur les principes juridiques qui fondent le rôle de chaque niveau de gouvernement dans ce domaine ainsi que sur leur développement et transformation. De manière générale, il s'agit de vérifier l'origine historique et juridique à la base de l'allocation et du partage des compétences entre les différents niveaux de gouvernement au Canada dans le domaine de la santé. De manière spécifique, nous sommes requis de vérifier (a) les fondements constitutionnels des interventions fédérales et provinciales en matière de santé, (b) le fondement du pouvoir fédéral de dépenser en la matière, (c) l'incidence, s'il en est, de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le partage des pouvoirs

et (d) le développement du rôle exercé à cet égard par les gouvernements tant fédéral que provinciaux. Au plan comparatif, on nous demande aussi d'aborder brièvement la situation prévalant dans d'autres fédérations[1].

C - Plan et méthodologie

4. Le droit constitutionnel canadien dont en particulier la *Loi constitutionnelle de 1867* procède au partage de la compétence législative entre d'une part, le Parlement du Canada et d'autre part, l'Assemblée législative d'une province. Généralement, ce sont les provinces qui d'abord interviennent dans le domaine des services de santé. Nous analyserons donc les dispositions constitutionnelles qui autorisent cette intervention, puis nous verrons celles qui fondent l'intervention fédérale. Au Canada, les tribunaux de droit commun sont les gardiens de l'ordre constitutionnel. Aussi, notre analyse des textes constitutionnels s'accomplira conformément aux décisions judiciaires rendues dans ce domaine. En dernier lieu, nous aborderons le cas d'autres fédérations. Mais avant et dans un premier temps, nous insisterons sur les difficultés de définition de notre sujet, à savoir la «santé», et ses conséquences au plan de l'analyse juridique. Nous verrons aussi le contexte historique dans lequel s'est élaboré le régime public de soins de santé au Canada et à titre introductif les principales règles d'interprétation qu'il convient d'adopter à l'égard des textes constitutionnels. Finalement, nous aborderons l'incidence que peut avoir dans le domaine de l'allocation des compétences la *Charte canadienne*.

I - Le partage constitutionnel des compétences

A - Les difficultés de définition

5. La Constitution canadienne attribue, généralement de manière exclusive, au Parlement du Canada ou à l'Assemblé législative d'une province, le pouvoir de faire des lois sur toutes les matières tombant dans les catégories de sujets qui y sont énumérés[2]. En tant que telle, l'attribution constitutionnelle de la compétence en matière de santé n'a pas fait l'objet d'une disposition précise et spécifique. En effet, nulle part on n'y mentionne le pouvoir de faire des lois relativement à la «santé», aux «services de santé» ou encore aux «soins de santé». Le mot «santé» tel qu'il est lui-même défini par le *Petit Robert* renvoie au bon état physiologique et mental d'un être vivant ou au fonctionnement équilibré et harmonieux d'un individu[3]. En anglais le mot «health» est aussi défini en relation avec un état de bien-être physique et mental[4].

6. Ce caractère indéterminé de la «santé» n'a pas échappé à la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Schneider* c. *La Reine*[5].

> La «santé» n'est pas l'objet d'une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provinciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème en cause dans chaque cas.[6]

On peut alors facilement concevoir que les interventions publiques qui sont susceptibles d'affecter ou de modifier, directement ou indirectement, l'équilibre ou le bien-être humain peuvent prendre des formes infinies et reposer au plan constitutionnel sur des fondements disparates. Par exemple, une mesure visant au premier chef la protection de l'environnement peut ultimement avoir une incidence sur ce bien-être en question. Comme nous le verrons, plusieurs interventions fédérales en matière de santé publique se fondent d'abord sur la compétence du Parlement canadien en matière de ... droit criminel. Bref, la santé comporte plusieurs facettes qui peuvent tomber sous différents chefs de compétence et dans le cadre de cette étude, nous nous en tiendrons, au niveau du contenu, à la conception contemporaine d'un système public de soins de santé, que ce soit en termes d'organisation des établissements de santé ou de prestation de services de santé.

B - Le contexte historique et législatif

7. Même si depuis longtemps l'État se préoccupait de certaines questions de santé publique (comme l'élimination des épidémies), en 1867 ses interventions dans le domaine des soins de santé à proprement parler restent limitées et complémentaires à celles des organismes religieux ou charitables[7]. La *Loi constitutionnelle de 1867* est le reflet de cette époque lorsqu'elle prévoit que les provinces ont une compétence sur «l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine»[8] et que les autorités

fédérales quant à elles ont compétence sur «la quarantaine et l'établissement et maintien des hôpitaux de marine»[9]. La santé de l'individu est en effet perçue par la société, et donc politiquement, comme étant une question purement privée[10].

8. Ce n'est qu'au fil de l'évolution des mentalités que graduellement l'État interviendra pour adopter des mesures sociales et que l'idée d'un programme d'assurance-maladie germe dans la pensée politique canadienne[11]. Lors du second conflit mondial, une proposition relative à l'établissement d'un régime provincial d'assurance-santé subventionné par le Dominion est mise de l'avant mais rejetée. Un plan fédéral sur le partage des coûts dans ce domaine ne sera pas non plus retenu en 1945[12]. C'est en 1957 que le Parlement canadien adopte la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques*[13]. En 1961, toutes les provinces auront adopté un régime d'assurance-hospitalisation pour y donner suite. En 1966 et pour donner suite aux travaux de la Commission royale d'enquête sur les services de santé[14], le Parlement adopte la *Loi sur les soins médicaux*[15]. Ces deux lois avaient évidemment pour objet de partager entre les deux ordres de gouvernement les coûts reliés à l'implantation d'un régime public d'hospitalisation et de soins médicaux.

9. Le gouvernement fédéral a donc joué un rôle de catalyseur dans l'implantation au Canada de régimes provinciaux de services de santé et il est intervenu au moyen de programmes directs ou, plus généralement, de programmes de transferts et de subventions conditionnelles. C'est à l'intérieur de ce système que les provinces ont procédé à la mise en place de leur régime public de soins de santé[16]. La formule relative au partage des coûts sera modifiée à quelques reprises[17]. En 1984, la *Loi canadienne sur la santé*[18] a procédé à la fusion des lois de 1957 sur l'assurance-hospitalisation et de 1966 sur les soins médicaux. Le programme de subventions conditionnelles qui s'y trouve énumère les critères d'admissibilité des régimes provinciaux à l'aide fédérale, à savoir : un régime administré publiquement, intégral, universel, transférable et accessible[19]. Les difficultés financières qui accableront par la suite le gouvernement fédéral l'amèneront à réduire de façon très substantielle sa participation financière aux régimes mis en place par les provinces. Il faut noter que c'est donc sans modifier l'allocation et le partage constitutionnel des compétences que le gouvernement fédéral a modelé les régimes provinciaux de soins de santé et qu'il s'est taillé un rôle d'acteur très important dans ce domaine[20].

C - Les principes d'interprétation

10. Les dispositions constitutionnelles qui traitent du partage des pouvoirs sont en elles-mêmes insuffisantes et trop imprécises pour permettre la détermination des tâches qui peuvent incomber à chaque ordre de gouvernement en matière de santé. À leur lecture, il faut ajouter les décisions des tribunaux judiciaires qui ont eu à les interpréter. En effet, ce sont ces derniers qui, en dernière analyse, sont appelés à interpréter une disposition législative ou constitutionnelle et à lui accoler un sens, un contenu et une portée. En matière de partage des pouvoirs, les tribunaux se sont attachés à vérifier la nature et le caractère véritable des dispositions législatives dont

la validité était contestée au plan constitutionnel. Pour ce faire, ils ont mis de l'avant plusieurs principes qu'il importe de rappeler ici brièvement[21].

11. D'abord, l'interprétation des dispositions constitutionnelles qui procèdent au partage des pouvoirs, en particulier les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, doit s'accomplir en considérant l'intention fédérative à la base du système politique et juridique canadien. Puis, ces dispositions s'interprètent non pas isolément au moyen d'une interprétation littérale, mais bien les unes par rapport aux autres au moyen d'une interprétation corrélative. C'est l'ensemble de la compétence législative qui est ainsi partagé au moyen de la Constitution, et conséquemment, toute matière peut être régie par l'un ou l'autre ordre de gouvernement. En principe, la compétence qui est attribuée à un ordre de gouvernement lui est exclusive et ne peut être envahie par l'autre, que le gouvernement titulaire l'ait exercée ou non[22]. Il existe toutefois des limitations à ce principe. Un sujet peut en effet avoir un double aspect de sorte de relever quant à un aspect de la compétence fédérale et quant à un autre aspect de la compétence provinciale. Puis et accessoirement, un législateur peut dans l'exercice valide de sa compétence affecter de façon incidente un sujet qui relève de la compétence de l'autre. En procédant explicitement au partage de la compétence législative, l'on a aussi et implicitement procédé au partage du pouvoir exécutif lequel suit le premier[23].

12. Pour vérifier si une loi est valide au plan du partage des pouvoirs, les tribunaux examineront son caractère véritable. Au moyen de l'analyse des objectifs réels poursuivis par la loi contestée, en tenant compte s'il y a lieu mais pas nécessairement des effets qu'elle produit, les tribunaux chercheront à vérifier le sujet auquel la loi est relative et à identifier le titulaire de la compétence. En cas d'incompatibilité entre une loi fédérale et une loi provinciale, par ailleurs toutes deux valides au plan constitutionnel, la première l'emportera.

D - L'incidence de la *Charte canadienne*

13. La *Charte canadienne* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. On ne peut y déroger ou les limiter que dans la mesure permise[24]. Elle s'impose au législateur, ainsi qu'au gouvernement, fédéral et provincial, pour tous les domaines qui relèvent de leur compétence. A ce niveau, l'effet principal de la *Charte canadienne* est de limiter la souveraineté de l'État. C'est pourquoi l'État fédéral ou provincial, dans l'exercice de ses fonctions législative et exécutive, ne peut y porter atteinte. Puisqu'il s'agit d'un texte constitutionnel, elle s'applique dans les matières tant de compétence fédérale que provinciale. Le partage des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement n'a donc pas d'effet sur la *Charte canadienne,* comme cette dernière n'a pas d'effet sur le partage des pouvoirs. On ne pourrait par exemple invoquer les droits à l'égalité prévus à l'article 15 de la *Charte canadienne* pour contester devant les tribunaux une distinction qui existerait entre deux régimes provinciaux[25]. La *Charte canadienne* ne peut en effet être invoquée de sorte à modifier le partage des compétences[26].

14. Donc, la *Charte canadienne* limite la souveraineté du législateur et n'affecte pas en tant que tel le partage des pouvoirs. Mais c'est au niveau de l'exercice de ces pouvoirs qu'elle fait sentir ses effets. Ainsi, une mesure législative ou l'exercice par une entité gouvernementale d'une compétence peut être contesté au plan de sa compatibilité avec la *Charte canadienne*. Comme dans n'importe quel autre secteur d'activités, des contestations fondées sur la *Charte canadienne* pourront être l'objet de procédures judiciaires. En termes de contenu, la *Charte canadienne* ne confère aux individus aucun droit à la santé[27]. Mais d'autres dispositions peuvent être invoquées. Par exemple, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Eldridge* c. *British Columbia (A.G.)*[28], a jugé qu'une institution hospitalière, même s'il s'agit d'un organisme privé[29], contrôlée par le gouvernement provincial et mettant en oeuvre des politiques de ce gouvernement, est assujettie au respect de la *Charte canadienne* et peut être requise sur la base des droits à l'égalité (art. 15) d'offrir à ses patients malentendants des services d'interprétation gestuelle. De la même façon, si le gouvernement fédéral offre en matière de santé des services à la population, il devra en ce faisant respecter les prescriptions de l'article 20 de la *Charte canadienne* et les rendre accessibles dans les deux langues officielles. Dans ses négociations avec les provinces portant sur le système public de soins de santé et conformément au principe de la dualité linguistique (art. 16 de la *Charte canadienne*) et à ses engagements en vertu de la *Loi sur les langues officielles*[30], il devra prendre à cet égard toutes les mesures nécessaires pour promouvoir le plein épanouissement des langues officielles là où elles se trouvent.

II - Le fondement constitutionnel des interventions provinciales

A - Remarques générales

15. Ce sont les provinces qui, en première ligne, interviennent dans le domaine de la santé. Si celui-ci n'a pas fait l'objet d'une attribution spécifique dans les textes constitutionnels, c'est parce qu'en 1867, la santé était perçue comme étant une affaire de nature privée[31]. Les interventions des autorités publiques restaient donc exceptionnelles dans ce domaine et elles constituaient une réponse à des situations d'urgence créées par des épidémies ou encore, par le besoin d'établir dans les milieux urbains des mesures élémentaires d'hygiène publique. Or la plupart du temps, ces mesures étaient édictées par les édiles municipaux. La *Loi constitutionnelle de 1867* semble refléter ce contexte quand certaines de ses dispositions attribuent à la province une compétence à l'égard des hôpitaux (art. 92(7)), des matières de nature locale (art. 92(16)) et des institutions municipales (art. 92(8))[32]. C'est d'ailleurs en renvoyant à ces dispositions que dès le départ, la jurisprudence interprète de façon très libérale le pouvoir provincial en santé[33]. Ainsi, «toute législation sur la santé publique dans chaque province, à l'exception des établissements de quarantaine et des hôpitaux de marine, tombe dans les attributions législatives de chaque province»[34].

B - Les dispositions applicables

16. Aujourd'hui, l'exercice par une province de sa compétence sur les soins de santé revêt de multiples facettes qui toutes se rattachent à diverses catégories de sujets énumérés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les plus importantes sont celles qui, de façon exclusive, lui permettent de faire des lois relatives,
    - à «l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine» (art. 92(7));
    - à généralement «toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province» (art. 92(16));
    - à «la propriété et les droits civils dans la province»(art. 92(13)); et,
    - à «l'éducation» (art. 93).

    Prises isolément ou ensemble, ces dispositions sont considérées comme attribuant à la province la responsabilité principale dans le domaine de la santé, qu'il s'agisse de services hospitaliers ou de soins de santé, de la pratique médicale, de la formation des professionnels de la santé et de la réglementation de leur profession, de l'assurance-maladie et hospitalisation et de la santé et de l'hygiène en milieu de travail[35].

- *L'établissement et l'administration des hôpitaux*

17. C'est l'article 92(7) qui confère à la province la compétence spécifique sur l'établissement du réseau hospitalier ainsi que sur son organisation administrative[36]. La nature publique ou privée d'un établissement n'importe pas à cet égard et c'est la province qui en détermine la vocation et les services. La seule limite expressément mentionnée dans cette disposition est celle des hôpitaux de marine. L'exception s'explique du fait que l'article 91(11) attribue quant à lui au Parlement canadien la compétence exclusive relative à la quarantaine et à l'établissement et au maintien des hôpitaux de marine. C'est sur la base de cette compétence que les tribunaux ont, entre autres, confirmé la compétence d'une province pour légiférer sur la détention des malades mentaux[37], sur l'établissement de comités thérapeutiques sur l'avortement à l'intérieur d'un centre hospitalier[38] ainsi que sur le droit de grève et les relations de travail à l'intérieur d'un hôpital[39].

- *Les matières d'une nature purement locale ou privée*

18. Certains avancent que c'est sur la base de l'article 92(16) que l'on reconnaît à la province une compétence générale sinon extensive en matière d'hygiène et de santé publique[40]. En effet, il semble que la santé puisse elle-même être qualifiée dans son ensemble comme constituant une matière purement locale. Si tel est le cas, il faut noter qu'une telle compétence, aussi générale soit-elle, ne saurait s'étendre aux catégories de sujets qui relèvent exclusivement du pouvoir fédéral[41]. Quoi qu'il en soit, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Schneider* c. *La Reine*[42] a confirmé la validité constitutionnelle d'une loi de la Colombie-Britannique imposant un traitement aux héroïnomanes en se fondant, entre autres, sur l'article 92(16). La dépendance aux drogues constitue une matière locale même si, sous d'autres aspects, elle peut relever du droit criminel.

- *La propriété et les droits civils*

19. Il a déjà été jugé que le Parlement canadien ne pouvait pas au plan constitutionnel instituer un régime d'assurance-chômage[43]. C'est là un programme qui porte sur l'assurance et qui affecte les droits civils des employeurs et employés. C'est donc sur la base de l'article 92(13) que la province est habilitée à établir un régime contributif en matière de santé et à en définir les modalités, que ce soit l'assurance-hospitalisation, l'assurance médicale ou encore, l'assurance-médicaments. En 1977, la Cour suprême du Canada a confirmé le pouvoir provincial d'établir un régime obligatoire et universel d'assurance automobile en se fondant sur l'article 92(13)[44]. Cela vaut aussi pour l'assurance santé[45]. La jurisprudence a aussi très tôt jugé que les échanges et le commerce à l'intérieur d'une province constituent, parce qu'ils se fondent sur des contrats, une matière de droit privé relevant de la compétence de cette dernière selon l'article 92(13)[46]. La province peut donc intervenir dans toutes les étapes de la production et de la commercialisation d'un produit et aussi, en contrôler la qualité et les quantités. La compétence provinciale s'exercera dans notre cas aux produits alimentaires, aux médicaments et aux autres produits de santé[47]. Mais ce

pouvoir est limité par le principe de l'extra-territorialité, lequel ouvre la porte à l'intervention fédérale[48]. Enfin et d'une manière générale, le droit privé relève de la compétence provinciale en vertu de l'article 92(13). Conséquemment, les relations entre un patient et un médecin ou avec un autre professionnel de la santé, et entre un patient ou médecin et un centre hospitalier constituent une matière relevant de l'autorité provinciale comme le sont généralement les questions de responsabilité contractuelle et délictuelle. Il en va de même en ce qui concerne l'établissement, la régie et le contrôle des professions de la santé, en particulier de la pratique médicale, ainsi que la discipline professionnelle et d'une manière générale, le domaine des relations de travail[49].

- *L'éducation*

20. C'est l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui attribue, de manière exclusive, à la province le pouvoir de faire des lois relativement à l'éducation. Les programmes universitaires, le contrôle des diplômes, les tests de compétences dans le domaine de la santé constituent donc autant de matières qui relèvent de l'autorité provinciale[50]. Cette compétence lui permet également d'intervenir dans le domaine de la recherche.

- *Autres compétences*

21. La capacité d'une province d'intervenir dans le domaine de la santé ne se limite pas aux compétences spécifiques déjà énumérées. En droit constitutionnel, l'exercice de ses pouvoirs sera également valide dans la mesure où il peut se rattacher à tout autre chef de compétence expressément énuméré à l'article 92[51]. Ainsi, l'on a jugé qu'une province peut en vertu de l'article 92(9) imposer une procédure d'enregistrement obligatoire des professionnels de la santé[52] ou encore, conférer aux ordres professionnels le pouvoir d'imposer des amendes et autres pénalités en vertu de l'article 92(15)[53]. Ses pouvoirs en matière d'agriculture[54] (art. 95), de taxation directe (art. 92(2)) ou sur les prisons et maisons de réforme (art. 92(15)) lui permettent aussi d'agir de façon incidente en santé[55].

III - Le fondement constitutionnel des interventions fédérales

A - Remarques générales

22. On constate somme toute qu'au plan constitutionnel, la santé a été considérée comme étant une enveloppe générale dont la responsabilité première appartient à la province. Pourtant, on sait qu'aujourd'hui, les autorités fédérales interviennent également et de façon significative dans ce domaine. Aussi, ce fut lorsque le Parlement du Canada a commencé à s'intéresser aux mesures sociales que les tribunaux ont été appelés à identifier les fondements constitutionnels autorisant de telles interventions et à en préciser les limites[56]. A l'exception d'une compétence expressément nommée, le pouvoir fédéral sur les questions de santé procède généralement d'une triple source, à savoir la compétence du Parlement canadien de faire des lois en droit criminel, son pouvoir de dépenser et peut-être celui d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement[57]. La doctrine quant à elle examine cette question surtout pour vérifier si, au plan constitutionnel, le Parlement peut, en tant qu'architecte d'un régime public et pan-canadien de soins de santé, imposer aux provinces le respect de normes ou standards nationaux qu'il fixe lui-même[58].

B - Les dispositions applicables

- *La quarantaine et les hôpitaux de marine*

23. L'article 91(11) attribue au Parlement le pouvoir exclusif de faire des lois relatives à «la quarantaine et l'établissement et le maintien des hôpitaux de marine». On sait que c'est là une exception nommément désignée au pouvoir provincial en la matière[59]. Elle s'explique du fait que la compétence principale en matière maritime a été attribuée au Parlement canadien, en particulier la compétence sur la navigation et marine marchande (art. 91(10)) et celle sur le service naval (art. 91(7)).

- *Le droit criminel*

24. L'article 91(27) attribue au Parlement le pouvoir exclusif de légiférer relativement à «la loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris les procédures en matière criminelle». Cette attribution de compétence doit s'entendre dans son sens le plus large[60]. La définition du droit criminel n'est pas figée à une époque ou à un domaine donné et elle est évolutive, la seule caractéristique commune à tous les crimes étant leur interdiction assortie de sanction[61]. Cette attribution de compétence autorise le Parlement à interdire, à titre préventif ou punitif[62], tout acte ou toute conduite et à imposer des sanctions en cas de violation. Il peut créer de nouveaux crimes[63]. Mais parce qu'un crime n'est pas édicté dans le vide, il doit se rattacher à des situations jugées indésirables. En matière criminelle, la loi fédérale doit non seulement comporter une interdiction et édicter des sanctions, mais elle doit aussi viser un objectif de nature publique et qui est habituellement reconnu en droit criminel. A cet égard, la Cour suprême du Canada a déjà défini un

objet de nature publique comme étant – et la liste n'est pas exhaustive, la paix publique, l'ordre, la sécurité, la *santé* et la moralité[64]. Finalement, la loi fédérale ne doit pas non plus constituer un empiètement spécieux sur la compétence appartenant à la province. La législation déguisée n'est pas permise en droit constitutionnel canadien[65].

25. La santé en matière constitutionnelle présente un caractère informe et dans leur champ de compétences respectives, tant la province que le Parlement peuvent intervenir. C'est pourquoi il importe dans ce domaine de faire ressortir la nature plénière de la compétence que le Parlement exerce en droit criminel. On a jugé qu'en vertu de cette compétence, le Parlement peut interdire ou contrôler la fabrication, la vente, la distribution de produits qui présentent un risque pour la santé publique. Il peut imposer des exigences en matière d'étiquetage et d'emballage de produits dangereux et imposer des mises en garde sur les paquets de cigarettes[66]. Aussi, la législation fédérale sur les aliments et drogues est parfaitement valide[67] comme c'est le cas pour celle portant sur les narcotiques[68]. Le Parlement est aussi autorisé à criminaliser l'avortement[69] et à interdire la vente de meubles jugés dangereux pour les enfants[70]. Il peut rendre illégal la production et la vente de produits dangereux et donc, interdire certaines substances dans les productions alimentaires[71]. Mais il ne peut imposer des standards dans la composition des aliments; cet aspect ne ressortissant pas de la santé publique[72]. De même, la prohibition de la vente de la margarine n'est pas une mesure qui vise à protéger la santé publique mais constitue plutôt une mesure de protection de l'industrie laitière[73]. En résumé, si la compétence en droit criminel permet aux autorités fédérales de jouer un rôle significatif en matière de protection de la santé publique, ce simple chef de compétence a peu d'impact quant à l'implantation et au maintien d'un régime public de soins de santé.

- *Le pouvoir de dépenser*

26. Généralement, un ordre de gouvernement peut dépenser dans des matières relevant de l'autre ordre de gouvernement. C'est là simplement l'exercice par un propriétaire de son pouvoir de disposer comme il l'entend de sa propriété. Mais en ce faisant et au plan constitutionnel, il ne doit pas tenter de régir ou de réglementer ces matières qui relèvent de la compétence de l'autre[74]. En matière de santé, on sait que le gouvernement fédéral a joué un rôle-moteur dans l'implantation d'un régime public de soins de santé dans toutes les provinces. À cette fin, il a fait appel à son pouvoir de dépenser. Celui-ci n'est pas prévu explicitement dans les textes constitutionnels. Il procède plutôt de l'interprétation qu'on en fait, en particulier des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui traitent du pouvoir fédéral de taxation (art. 91(3)), de celui de légiférer sur les biens du domaine public (art. 91(1A)) et du pouvoir d'affectation des fonds fédéraux (art. 106)[75].

27. La législation fédérale, qui pourvoit à l'octroi de fonds dans les domaines provinciaux au moyen de programmes de transferts ou de subventions, contient parfois des conditions lesquelles doivent être respectées par les provinces si elles désirent profiter de ces fonds. Pour éviter les disparités régionales, il n'est pas rare, en

effet, de retrouver dans cette législation ce qu'on appelle maintenant des «standards nationaux». Pour être valides au plan constitutionnel, les conditions ne doivent pas modifier le caractère véritable de la loi et équivaloir à une réglementation d'une matière qui relève de l'autorité provinciale. Une province qui adopte une loi pour se conformer à ces standards est alors considérée comme le faisant de son propre chef, puisque rien ne l'y oblige au plan juridique[76].

28. Mais le contenu de ces conditions ou «standards nationaux» peut-il changer le caractère véritable de la loi fédérale en cause et ainsi constituer une forme déguisée de réglementation d'un domaine provincial? On sait que la *Loi canadienne sur la santé*[77] contient des conditions auxquelles doivent souscrire les provinces si elles veulent rester éligibles aux fonds fédéraux. Cette législation n'a jamais fait l'objet d'une contestation judiciaire – on comprend pourquoi, de la part des provinces. Mais dans un autre contexte, la Cour suprême du Canada a déjà déclaré que la simple retenue par les autorités fédérales de fonds en cas de non-respect par une province des conditions prescrites dans la loi fédérale ne constitue pas en soi un cas de réglementation d'une matière provinciale[78]. Dans l'arrêt *Winterhaven Stables Ltd.* c. *A.G. Canada*[79], la Cour d'appel de l'Alberta fut d'opinion qu'en vertu de son pouvoir de dépenser, le Parlement canadien peut en exerçant ce pouvoir imposer des conditions même si cela crée des pressions sur les provinces pour qu'elles adaptent leur législation en conséquence. Cela n'équivaut pas à réglementer une matière provinciale. On a aussi énoncé qu'il faut dans ce domaine distinguer entre le pouvoir de légiférer et celui de contracter. Dans ce dernier cas, rien n'empêcherait les autorités fédérales de fixer les conditions qu'elles veulent dans un accord ou contrat auquel les provinces restent libres d'adhérer[80].

29. Quoiqu'il en soit, les interventions fédérales dans le domaine des soins de santé sont une affirmation claire du pouvoir fédéral de dépenser. Il est évident que l'exercice de ce pouvoir génère d'énormes tensions dans le système fédéral canadien. D'une part, le gouvernement canadien donne suite à son engagement inscrit à l'article 36 de la *Charte canadienne* qui énonce sa volonté de fournir à tous les Canadiens à un niveau acceptable les services publics essentiels et de fiscalité sensiblement comparable. D'autre part, les gouvernements provinciaux réclament le plein exercice de leur souveraineté dans ce domaine. A cet égard, une province n'a pas véritablement le choix d'accepter ou de refuser les conditions mises de l'avant unilatéralement par les autorités fédérales. En cas de refus de la part d'une province de donner suite à une initiative fédérale pour l'implantation d'un nouveau programme par exemple, les contribuables de cette province paieraient au moyen de leurs impôts fédéraux l'établissement dudit programme dans les provinces participantes sans, par ailleurs, pouvoir en bénéficier chez eux. Aussi, la capacité du gouvernement fédéral d'influer ainsi au moyen de son pouvoir de dépenser sur les régimes provinciaux et d'imposer des standards dits nationaux dépend en grande partie de sa capacité financière; l'influence est appelée à décroître au fur et à mesure que les fonds fédéraux transférés aux provinces diminuent ... d'autant plus qu'une province peut hésiter à mettre en oeuvre une proposition fédérale, même accompagnée de fonds importants, sachant que les autorités fédérales pourraient quelques années plus tard décider

unilatéralement de cesser leurs paiements à la province. Enfin, il faut noter qu'un tel système présente le désavantage de créer une certaine confusion au niveau de l'imputabilité. Parce que le maintien des programmes existants ainsi que leur qualité dépendent de fonds tant provinciaux que fédéraux, il devient difficile de déterminer qui est responsable de quoi et en cas de difficultés, on assiste plutôt à un match où les deux ordres de gouvernement se renvoient la balle.

- *La paix, l'ordre et le bon gouvernement*

30. Le paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet au Parlement canadien «de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada». Parce que le partage des pouvoirs est exhaustif, ce pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement s'exerce à l'égard de toutes matières qui ne sont pas rattachées à une catégorie de sujets relevant de la compétence exclusive d'une province ou encore, à une catégorie de sujets non énumérés à l'article 91[81]. Selon l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence, ce pouvoir comprend deux composantes. La première permet au Parlement de légiférer dans les situations d'urgence ou de crise nationale. De par sa nature, l'exercice de ce pouvoir n'est que temporaire[82]. L'autre composante a trait à la capacité du Parlement de légiférer sur toute matière qui présente un intérêt pour l'ensemble de la fédération. C'est là la théorie des dimensions nationales ou de l'intérêt national.

31. Dans l'arrêt *R.* c. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*[83], la Cour suprême du Canada a explicité cette théorie de l'intérêt national.

> 1. La théorie de l'intérêt national est séparée et distincte de la théorie de la situation d'urgence nationale...;
> 2. La théorie de l'intérêt national s'applique autant à de nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles fussent à l'origine de nature locale ou privée dans un province, sont devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale;
> 3. Pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national dans un sens ou dans l'autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution;
> 4. Pour décider si une matière atteint le degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité ... il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêt extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière[84].

32. Ce n'est donc pas parce qu'une matière revêt une importance pour l'ensemble de la population canadienne qu'elle atteint pour autant une dimension nationale ou qu'elle devient d'intérêt national. Le simple fait que l'assurance-maladie soit perçue comme étant une valeur canadienne n'en change pas, au plan constitutionnel, sa nature. Dans l'arrêt *A.G. Canada* c. *A.G. Ontario*[85], l'argument des autorités fédérales à l'effet que

l'assurance-chômage avait atteint une dimension nationale n'a pas été retenu[86]. La nature purement locale ou privée de la santé constitue un fondement important pour les interventions provinciales dans ce domaine[87]. Mais, on sait aussi que la santé présente des aspects qui relèvent du pouvoir fédéral[88]. Certains aspects du système public de soins de santé, en particulier les normes nationales relatives à sa gestion publique, son intégralité, son accessibilité, son universalité et son transfert, constituent-ils une matière unique, particulière, indivisible et distincte des pouvoirs provinciaux en la matière? Surtout, l'omission ou l'incapacité pour une province de traiter efficacement de ces aspects à l'intérieur de son territoire peut-elle avoir un effet préjudiciable pour des intérêts extraprovinciaux? Certains avancent qu'en vertu de ce pouvoir, le Parlement canadien pourrait effectivement intervenir dans des domaines tels le SIDA, l'avortement, le tabagisme ou encore l'accès pour les étrangers à la profession médicale ...[89]. Mais tous ces aspects n'affectent pas en tant que telle la nature du système actuel de soins de santé. L'intérêt de la discussion est évidemment de pouvoir asseoir un fondement à l'intervention des autorités fédérales sans que, pour autant, ces dernières n'aient à utiliser leur pouvoir de dépenser.

- *Autres compétences*

33. Comme dans le cas d'une province, la capacité du gouvernement fédéral d'intervenir dans des questions de santé reste également possible dans la mesure où cette intervention peut se rattacher à un autre chef de compétence nommément attribuée au Parlement canadien par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, c'est en vertu de leur compétence à l'égard de la milice, du service militaire et de la défense nationale (art. 91(7)), que les autorités fédérales ont établi et gèrent des hôpitaux pour anciens combattants. La compétence exclusive du Parlement sur les brevets d'invention et de découverte (art. 91(22)) ainsi que sur les droits d'auteurs (art. 91(23)) permet aux autorités fédérales d'intervenir dans le domaine de la recherche scientifique et, plus particulièrement, dans ceux de la recherche bio-médicale, génétique et pharmaceutique. Le pouvoir du Parlement sur le commerce interprovincial et international permet au gouvernement fédéral de contrôler les échanges de technologie médicale et d'équipements hospitaliers. En matière d'agriculture et en ce qui concerne les questions de santé relatives à l'immigration, la législation fédérale est prépondérante (art. 95). Dans les entreprises qui relèvent de sa juridiction, le Parlement peut réglementer les questions de santé et de sécurité ainsi que les relations de travail (art. 92(10))[90]. La *Loi constitutionnelle de 1871* lui permet d'exercer les pouvoirs d'une province en matière de santé dans les territoires fédéraux[91]. Finalement, la compétence du Parlement à l'égard des Indiens et des terres réservées aux Indiens (art. 91(24)) permet aux autorités fédérales de s'occuper assurément des questions de santé des autochtones[92]. Curieusement, dans ce domaine, les autorités fédérales considèrent plutôt qu'il s'agit d'une responsabilité qui incombe aux provinces[93].

IV - La santé dans d'autres fédérations

34. A l'opposé d'un régime unitaire, un régime fédératif partage l'exercice de la souveraineté intérieure entre un État central et des États membres. Ce modèle s'implante dans un État parce qu'il constitue une forme de gouvernement adaptée à ses besoins et caractéristiques spécifiques. Comment les autres fédérations ont-elles procédé au partage des pouvoirs dans le domaine de la santé? A cet égard, le régime canadien ne représente qu'un modèle parmi d'autres et toutes les variantes restent possibles. Nous ne voulons pas ici passer systématiquement en revue le fonctionnement des autres régimes fédératifs dans ce domaine. Nous voulons plutôt rappeler brièvement, à titre comparatif et à grands traits, quelques expériences étrangères susceptibles d'intéresser le Canada, compte tenu de leur niveau de développement économique, de leur population et territoire, de leur proximité et influence.

A - L'Australie

35. Au moment de la confédération en 1867 et influencée en cela par les États-Unis où la même idée prévalait, la population du Canada percevait les soins de santé comme étant une question d'ordre privé. À la même époque et à l'inverse, l'Australie était très réceptive aux idées européennes dans ce domaine et selon lesquelles les soins de santé apparaissaient être un droit de l'individu. Aussi, l'accès de la population aux soins de santé et aux hôpitaux semblait aller de soi. Alors qu'au Canada, les établissements hospitaliers étaient à cette époque généralement privés et souvent gérés par des communautés religieuses, l'Australie connaissait déjà un réseau d'hôpitaux publics[94].

36. Au départ, ce furent les États fédérés plutôt que l'État fédéral qui pourvurent à dispenser des services de santé à la population. La responsabilité dans ce domaine découlait de l'exercice du pouvoir résiduaire dont étaient investis les États fédérés en vertu de la constitution australienne. Celle-ci n'attribuait à l'État fédéral que la compétence à l'égard de la quarantaine. Mais l'intérêt de ce dernier à promouvoir les mesures sociales le porta à créer un ministère fédéral de la santé en 1921 et à accroître sa participation au processus d'élaboration des politiques de santé. La coopération aurait ainsi caractérisé les relations entre les deux ordres de gouvernement d'autant plus que, contrairement aux cas des provinces canadiennes, les États fédérés sont beaucoup plus dépendants de l'État central au plan financier. De même, alors qu'au Canada la préoccupation des autorités politiques visait à faire disparaître les barrières financières à l'accès aux soins de santé, l'Australie s'était quant à elle résolument engagée à développer la prestation à proprement parler des services de santé[95].

37. Aussi, un amendement apporté à la constitution en 1943 autorise spécifiquement l'État fédéral à adopter des mesures relatives aux produits pharmaceutiques, à la maladie, aux services hospitaliers et aux services médicaux et dentaires. Aujourd'hui,

les deux ordres de gouvernement interviennent, de façon concurrente, dans le domaine de la santé et souvent de concert avec les collectivités locales. L'Australie dispose d'un système universel de prestation maladie («Medicare») assurant aux résidents l'accès aux soins médicaux et aux médicaments pour un coût raisonnable ainsi qu'un accès gratuit aux soins hospitaliers. Les trois-quarts des établissements hospitaliers sont publics et leurs services sont complétés par un réseau de cliniques privées. C'est l'État fédéral, le seul à lever un impôt, qui assure l'essentiel du financement du système par le biais de l'impôt général et d'un prélèvement d'assurance-maladie lié au revenu[96].

B - Les États-Unis

38. Le système des soins de santé dans ce pays est relativement complexe. Il fait intervenir autant le secteur public, à savoir l'État fédéral, les États membres et les collectivités locales, que le secteur privé des assurances et des plans individuels. Les soins de santé sont dispensés au plan local au sein d'un système faiblement structuré. Le marché des services hospitaliers est libre. Il n'y a pas de planification de la santé à l'échelon fédéral même si plusieurs réformes ont été mises de l'avant dans le but de contrôler la croissance des coûts et d'améliorer l'accessibilité aux soins. Au niveau des États membres, l'action des autorités publiques paraît modeste et se limite souvent à contrôler les projets de création d'hôpitaux ou de centres de soins. Les hôpitaux sont généralement aux mains d'institutions privées à but non lucratif. La minorité appartient à des sociétés privées à but lucratif ou aux autorités publiques[97].

39. Les États-Unis ne disposent pas d'un régime général d'assurance-maladie. Le secteur public propose le régime «Medicare», qui est un régime d'assurance-maladie universel et national destiné aux personnes âgées et aux handicapés. Le gouvernement fédéral est le gestionnaire de ce régime applicable à environ 13 pour cent de la population. Le régime est financé à partir d'une formule qui associe un prélèvement salarial, des fonds fédéraux et des primes. Il propose aussi un autre régime appelé «Medicaid». C'est un programme d'assurance-maladie destiné à des catégories de personnes défavorisées et qui dessert environ 10 pour cent de la population. Ce programme est financé à la fois par le gouvernement fédéral et les États fédérés. La participation financière fédérale varie en fonction de la richesse d'un État fédéré (entre 50 et 83 pour cent du total). Ce sont les États fédérés qui sont les gestionnaires de «Medicaid». Mais cette gestion s'accomplit conformément aux directives fédérales concernant les catégories de bénéficiaires, les gammes de services couverts. Les autorités fédérales, les États fédérés et les collectivités locales subventionnent aussi des centres de soins ou des hôpitaux pour les plus démunis ou encore, remboursent les établissements qui leur fournissent des soins. Mais la très grande partie de la population a recours aux programmes proposés par le secteur privé[98].

C - La Belgique

40. État unitaire au moment de sa création en 1831, la Belgique est devenue un État fortement décentralisé depuis les dernières réformes constitutionnelles. Elle possède un régime fédéral qui regroupe, outre le gouvernement fédéral, trois communautés culturelles (française, flamande et germanophone) ainsi que trois régions (flamande, wallone et celle de Bruxelles-Capitale). Les régions sont investies en vertu de la constitution de compétences surtout à caractère économique; elles interviennent aussi au niveau des politiques d'hygiène et de salubrité. Ce sont les communautés qui se sont vues attribuer une compétence exclusive dans les domaines de nature culturelle, dont l'enseignement, et aussi dans les «matières personnalisables». Celles-ci sont des matières étroitement liées à la vie de l'individu au sein de sa communauté[99].

41. Les «matières personnalisables» englobent les services hospitaliers et sociaux, lesquels sont organisés et gérés par les communautés. Ces dernières appliquent la politique de santé qui comprend les mesures de dispensation de soins, l'éducation sanitaire et les activités et services de médecine préventive. Les individus ont l'obligation d'adhérer à des mutuelles qui s'occupent de rembourser le coût des services. Mais le gouvernement fédéral joue un rôle très important dans le domaine grâce à son appui financier, à des interventions dans le secteur de la santé publique et surtout parce qu'il réglemente l'accès aux professions de la santé ainsi que leur exercice[100].

Conclusion

42. Au plan constitutionnel, la responsabilité principale en matière de service et de soins de santé constitue donc une affaire qui relève au premier chef de la compétence provinciale. Il en est ainsi en particulier parce que le régime public actuel emprunte le modèle de l'assurance, une matière de propriété et de droits civils dans les provinces et aussi, parce que très tôt la santé a été perçue comme étant une affaire de nature locale ou privée. La création et l'organisation des établissements hospitaliers et des centres de soins, l'éducation, les professions de la santé, la couverture des soins assurés, l'affectation et les répartitions des ressources financières et médicales ... voilà autant de secteurs d'intervention pour la province. Cela apparaît dans l'ordre des choses dans la mesure où une province, du fait de sa proximité avec la population, en connaît bien les besoins véritables et apparaît être l'ordre de gouvernement le plus apte à satisfaire ses besoins à ce niveau.

43. Mais la santé, compte tenu de la réalité qu'elle implique, comporte définitivement des aspects qui relèvent de l'autorité fédérale. Le gouvernement canadien intervient dans ce domaine au moyen de compétences spécifiques. Sa compétence en droit criminel et en particulier son pouvoir de dépenser lui permet de jouer un rôle important. Même si au plan judiciaire l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser n'a pas été contesté, il n'en reste pas moins une source de tension. Par ailleurs, même si aucun droit d'accès aux soins de la santé ne découle de la *Charte canadienne*, il n'en reste pas moins qu'à l'heure actuelle, la population canadienne croit posséder ce droit. À notre avis, ce n'est pas parce que l'accès aux soins de santé constitue une valeur pour l'ensemble de la société canadienne qu'il devient pour autant une matière d'intérêt national permettant au gouvernement fédéral d'intervenir pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Mais, il reste évident que les autorités fédérales, ne serait-ce qu'à cause de leurs engagements, ont un rôle important à jouer dans le domaine.

44. Le système public des soins de santé est en crise. Les décisions qui doivent être prises à cet égard relèvent davantage des politiques sociales des gouvernements ainsi que de leur situation financière. Les règles de droit permettent d'identifier qui peut faire quoi. Elles ne peuvent résoudre les difficultés qui accablent actuellement le système de soins de santé. Comme dans les autres fédérations, c'est à travers un processus de consultation et de négociation que les gouvernements fédéral et provinciaux sont appelés à prendre leurs décisions, plutôt qu'à travers l'unilatéralisme. N'est-ce pas là le véritable esprit du fédéralisme? C'est donc au moyen de l'action politique que doit se préciser tout développement quant au rôle joué par chaque niveau de gouvernement en la matière. Ultimement, le droit n'est que le reflet des accords qui surviennent dans ce domaine et toute proposition à cet égard dépasse le cadre strictement juridique de la présente étude.

Notes

1. Selon les termes de notre mandat.

2. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 et 92.

3. Voir le *Petit Robert*, dixième édition.

4. Voir le *Webster's Collegiate Dictionary* ou encore le *Concise Oxford Dictionary*.

5. [1982] 2 R.C.S. 112.

6. *Ibid.*, à la p. 142 (J. Estey).

7. Voir : *Un droit à la santé ? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, groupe de travail de l'Association du barreau canadien, 1994, p. 2-14; Swartz, D., *The Politics of Reform : Public Health Insurance in Canada*, (1993) 23 (2) Int. J. of Health Services, 219; Lajoie, A. et Molinari, P.A., *Le partage constitutionnel des compétences en matière de santé*, (1978) 56 Revue du barreau canadien, 579.

8. Art. 92(7).

9. Art. 91(11).

10. *Un droit à la santé ? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, *supra*, note 7, p. 3.

11. *Ibid.* Déjà en 1919, le Parti libéral fédéral incluait cet élément dans son programme politique. Voir aussi : Taylor, M.G., *Health Insurance and Canadian Public Policy*, 2 éd., (Kingston et Montréal : McGill-Queen's University Press, 1987).

12. *Ibid.* Il faut noter que certaines provinces, dont la Saskatchewan, sous l'impulsion de gouvernements néo-démocrates ont joué un rôle très actif pour l'implantation d'un système public de santé. L'assurance-hospitalisation fut introduite en Saskatchewan en 1947. La Colombie-Britannique fit de même en 1949.

13. S.C. 1957, c. 28.

14. Voir le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les services de santé*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964-65 (président : E. Hall).

15. S.C., 1966-67, c. 64.

16. Duperré, T., *La perspective fédérale/provinciale dans le système de santé et de services sociaux du Québec*, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, Québec, août 1987, p. 2-3.

17. Voir la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et le financement des programmes établis*, L.C. 1977, c. 10. Cette législation sera ultérieurement modifiée au fur et à mesure de la diminution de la contribution financière fédérale.

18. L.R.C., c. C-6.

19. *Ibid.*, art. 7-12.

20. *Un droit à la santé? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, *supra*, note 7, à la p. 12.

21. Sur ce sujet, on pourra consulter : Brun, H. et Tremblay, G., *Droit constitutionnel*, 3e éd., (Montréal : Éd. Yvon Blais, 1997) p. 457-475 et Hogg, P.W., *Constitutional Law in Canada*, Student Edition (Toronto : Carswell, 2001), p. 387-399.

22. Quelques sujets, comme l'immigration et l'agriculture, ont été attribués aux deux ordres de gouvernement qui interviennent «concurremment» dans ces domaines. Mais en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, la prépondérance est attribuée à la première. Voir l'article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

23. Il faut noter que le législateur fédéral ou provincial est autorisé à déléguer l'exercice de compétences à un organisme subordonné à l'autre ordre de gouvernement. Cette forme de coopération est conforme à l'esprit du fédéralisme et a été jugée valide au plan constitutionnel par les tribunaux. Voir : *P.E.I. Potato Marketing Board* c. *H.B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392; *Coughlin* c. *Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569.

24. L'article 33 de la *Charte canadienne* prévoit un mécanisme de dérogation expresse aux libertés fondamentales (art. 2) ou encore aux garanties juridiques et aux droits à l'égalité (arts 7 à 15). Par ailleurs et en vertu de l'article 1, les droits et garanties énoncés dans la *Charte canadienne* ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

25. En incluant les territoires selon l'article 32 de la *Charte canadienne*. Voir l'arrêt *R.* c. *S.(S)*, [1990] 2 R.C.S. 254.

26. Brun, H. et Tremblay, G., *op. cit.*, *supra*, note 21, à la p. 886.

27. *Un droit à la santé? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, *supra*, note 7, p. 21-29.

28. (1997) 151 D.L.R. (4) 577.

29. Contrairement aux chartes provinciales sur les droits et libertés, la *Charte canadienne* n'est généralement pas applicable dans le domaine privé. Voir : *Douglas/Kwantlen Faculty Association* c. *Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570.

30. L.C., 1988, c. 38. L'article 41 énonce : «Le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne».

31. *Supra*, para. 7.

32. McKall, R.T., *Constitutional Jurisdiction Over Public Health*, (1975) 6 Manitoba Law Journal, 317, p. 317-318.

33. Lajoie, A. et Molinari, P.A., *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 581-584.

34. *Rinfret* c. *Pope*, (1886) 12 Q.L.R. 303, à la p. 315. Voir aussi : *La municipalité du village de Saint-Louis du Mile-End* c. *Cité de Montréal*, (1886) 2 M.L.R. S.C. 218; *Re George Bowack*, (1892) 2 B.C.R. 216; *Canadian Pacific Navigation* c. *City of Vancouver*, (1892) 2 B.C.R. 193.

35. Beaudoin, G.A., *La constitution du Canada*, (Montréal : Wilson & Lafleur, 1990), p. 509-512; Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 463-464; Gibson, D., *The Canadian Health Act and the Constitution*, (1996) 4 Health Law Journal, p. 1-5; Jackman, M., *The Constitutional Basis for Federal Regulation of Health*, (1977) 5 Health Law Journal, 3, à la p. 4; McKall, R.T., *op. cit.*, *supra*, note 32, p. 320-323; Brun, H. et Tremblay, G., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 547; et en général voir Lajoie, A. et Molinari, P.A., *op. cit.*, *supra*, note 7.

36. *In re Shelly*, (1913) 4 W.W.R. 741.

37. *Fawcett* c. *A.G. of Ontario & A.G. of Canada* [1964] R.C.S. 625.

38. *Carruthers* c. *Therapeutic Abortion Committee*, (1983) 6 D.L.R. (4) 57.

39. *C.E. Jamieson and Co.* c. *P.G. Canada*, [1988] 1 C.F. 590; *Bell Canada* c. *Québec (C.S.S.T.)*, [1988] 1 R.C.S. 749. Voir aussi : *Alltrans Express Ltd.* c. *Worker's Compensation Board*, [1988] 1 R.C.S. 897; *C.N.* c. *Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *R.* c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

40. Lajoie, A. et Molinari, P.A., *op. cit.*, note 7, p. 581 et 597; HOGG, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 464.

41. L'article 91 *in fine* énonce : «Et aucune des matières énoncées dans les catégories de sujets énumérés dans le présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée comprises dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignées par la présente loi aux législatures des provinces».

42. *Supra*, note 5. Voir aussi : *Reference re : Intoxicated Persons Detention Act (Manitoba)*, (1981) 1 W.W.R. 333.

43. *In the Matter of a Reference as to Whether the Parliament of Canada Had Legislative Jurisdiction to Enact the Employment and Social Insurance Act*, [1936] R.C.S. 427; *A.G. Canada* c. *A.G. Ontario*, (1937) A.C. 355. En 1940, la Constitution sera amendée par l'ajout de l'article 91(2A) sur l'assurance-chômage. Voir la *Loi constitutionnelle de 1940*, 3-4 George VI, c. 81.

44. *Canadian Indemnity Co.* c. *P.G. Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504.

45. Beaudoin, G.A., *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 510.

46. *Citizens Insurance Co.* c. *Parsons*, (1881) 7 A.C. 96.

47. *Reference : Validity of Section 5(A) of the Dairy Industry* Act, [1950] 4 D.L.R. 689. Voir aussi : *Labatt Breweries* c. *A.G. of Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914.

48. En vertu du pouvoir fédéral sur la réglementation du trafic et du commerce, voir l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir aussi : HOGG, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 489-502.

49. *Ex Parte Fairbain*, (1877) 18 N.B.R. 4; *Metherwell* c. *The Medical Council of British Columbia*, (1892) 2 B.C.R. 186; *Stinson* c. *College of Physicians & Surgeons (Ont.)*, (1911) 22 O.L.R. 627;

Hunt c. *College of Physicians & Surgeons (Sask.)*, (1925) 3 W.W.R. 758; *R.* c. *Sirkis*, (1930) 2 W.W.R. 93; *Re Hayward*, (1934) O.R. 133; *Landers* c. *Dental Society (New Brunswick)*, (1957) 7 D.L.R. (2) 583 et en général : *Re Underwool McLellan Associated Ltd. & Ass. of Professional Engineers*, (1980) 103 D.L.R. (3) 268.

50. *Metherwell* c. *The Medical Council of British Columbia*, *supra*, note précédente.

51. Lajoie, A. et Molinari, P.A., *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 600.

52. *Ex Parte Fairbain*, *supra*, note 49. L'article 92(9) confère à la province une compétence sur «les licences de boutiques, de cabarets, d'encanteurs et autres licences, dans le but de prélever un revenu pour des objets provinciaux, locaux ou municipaux».

53. *Landers* c. *Dental Society (New Brunswick)*, *supra*, note 49. L'article 92(15) attribue à la province une compétence sur «l'infliction de punitions par voie d'amende, pénalité, ou emprisonnement, dans le but de faire exécuter toute loi de la province décrétée au sujet des matières tombant dans aucune des catégories de sujets énumérés dans le présent article».

54. En cas de conflit, la législation provinciale doit cependant céder le pas devant une loi fédérale.

55. Voir Beaudoin, G.A., *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 510.

56. Lajoie, A. et Molinari, P.A., *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 586 et ss.

57. *Un droit à la santé? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, *supra*, note 7.

58. Voir *supra*, note 36. Voir aussi : HOGG, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 163-168.

59. *Supra*, para. 17.

60. *RJR-Macdonald Inc.* c. *Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Scowby* c. *Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *A.G. for Ontario* c. *Hamilton Street Railway Co.*, (1930) A.C. 524.

61. *RJR-Macdonald Inc.* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note précédente; *R.* c. *Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Proprietary Articles Trade Association* c. *A.G. of Canada*, (1931) A.C. 310.

62. *R.* c. *Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Morgentaler* c. *R.*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R.* c. *Furtney* [1991] 3 R.C.S. 89.

63. *Goodyear Tire & Rubber Co.* c. *The Queen*, [1956] R.C.S. 303.

64. *Reference: Validity of Section 5(A) of the Dairy Industry Act*, *supra*, note 47; *R.* c. *Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R.* c. *Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463.

65. Brun, H. et Tremblay, G., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 503.

66. *RJR - MacDonald Inc.* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note 60.

67. *R.* c. *Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Standard Sausage Co.* c. *Lee*, (1934) 1 D.L.R. 706; *R.* c. *Perfection Creameries Ltd.*, (1939) 3 D.L.R. 185. Voir la *Loi sur les aliments et drogues*, maintenant L.R.C., 1985, c. F-27.

68. *Ex Parte Wakaboyaski*, [1928] 49 C.C.C. 392; *Belleau* c. *Minister of National Health and Welfare*, (1948) R.C.E. 288. Contra : *R.* c. *Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984 où on a maintenu la validité de la législation fédérale sur la base du pouvoir du Parlement de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Maintenant voir la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C., 1996, c. 19.

69. *Morgentaler* c. *R.*, *supra*, note 62; *R.* c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

70. *R.* c. *Cossman's Furniture (1992) Ltd.*, (1976) 73 D.L.R. (3) 312.

71. *R.* c. *Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Standard Sausage Co.* c. *Lee*, *supra*, note 67; *Berryland Canning Co.* c. *La Reine*, [1974] C.F. 91.

72. *Labatt Breweries* c. *A.G. Canada*, *supra*, note 47.

73. *Reference: Validity of Section 5(A) of the Dairy Industry Act*, *supra*, note 47.

74. Brun, H. et Tremblay, G., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 443-444; Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 163-173. Par exemple, dans *Dunbar* c. *A.G. Saskatchewan*, (1984) 11 D.L.R. (4) 374, une autorisation législative provinciale permettant le versement d'une aide internationale de 1 million de dollars a été jugée valide.

75. Voir : Gibson, D., *op. cit.*, *supra*, note 35; Jackman, M., *op. cit.*, *supra*, note 35. Voir aussi en général : Lederman, W., *Some Forms and Limitations of Cooperative Federalism*, (1967) 45 Revue du barreau canadien, 409; Driedger, E., *The Spending Power*, (1981) 7 Queen's Law Journal, 124; Magnet, J.E., *The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada*, (1978) 10 Ottawa Law Review, 473. Pour une opinion contraire, voir : Petter, A., *Federalism and the Myth of the Federal Spending Power*, (1989) 68 Revue du barreau canadien, 448.

76. *Mercer* c. *A.G. for Canada*, (1971) 3 W.W.R. 375; *Central Mortgage & Housing Corp.* c. *Cooperative College Residence Inc.*, (1977) 71 D.L.R. (3) 183; *YMHA Jewish Community Centre* c. *Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532; *Finlay* c. *Canada*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Re Canada Assistance Plan*, [1991] 2 R.C.S. 525.

77. *Supra*, note 18 et para. 9.

78. Dans *Re Canada Assistance Plan*, *supra*, note 76, la Colombie-Britannique contestait la réduction des fonds fédéraux vers les provinces les plus riches dans les domaines de l'assistance publique et des politiques sociales.

79. (1988) 53 D.L.R. (4) 413.

80. Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 166. Voir aussi Scott, F.R., *The Constitutional Background of Taxation Agreements* in "Essays on the Constitution", (Toronto : University of Toronto Press, 1977), à la p. 297 où il dit : "Generosity in Canada is not unconstitutional, making a gift is not the same as making a law".

81. Brun, H. et Tremblay, G., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 552-567; Hogg, P.W., *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 421 et ss.

82. Pour une explication de ce pouvoir et de son exercice, voir : *Reference Re Anti Inflation Act*, [1976] 2 R.C.S. 373.

83. [1988] 1 R.C.S. 401. Il s'agissait de savoir si le Parlement canadien peut réglementer l'immersion dans les eaux provinciales de déchets dont il n'avait pas été prouvé qu'ils avaient un effet polluant dans les eaux extraprovinciales.

84. *Ibid.*, p. 431-432. (J. Le Dain).

85. *Supra*, note 43.

86. L'assurance-chômage a été jugée comme étant d'abord une matière contractuelle relevant de l'autorité provinciale en matière de propriété et de droits civils.

87. *Supra*, para. 18.

88. *Supra*, para. 6.

89. Gibson, D., *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 19-24; Jackman, M., *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 8-11. Voir aussi : *Un droit à la santé ? : Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, *supra*, note 7, p. 18-20. Contra : Lajoie, A. et Molinari, P.A., *op. cit.*, *supra*, note 7, p. 600-601.

90. *Bell Canada* c. *Québec (C.S.S.T.)*, *supra*, note 39.

91. Beaudoin, G.A., *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 510.

92. *R.* c. *Swimmer*, (1971) 1 W.W.R. 756.

93. Affaires Indiennes et du Nord Canadien, «Les Affaires indiennes au Canada et aux États-Unis», le 1er mai 2001, http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/info/ info122_f.html.

94. Gray, G., *Federalism and Health Policy, the Development of Health Systems in Canada and Australia*, (Toronto : University of Toronto Press, 1991), p. 26-49 pour l'historique.

95. *Ibid.*, p. 50-52.

96. Organisation de coopération et de développement économiques, *La réforme des systèmes de santé, étude de dix-sept pays de l'OCDE*, 1994, c. 6, p. 59-61.

97. *Ibid.*, c. 22, p. 343-347.

98. *Ibid.*

99. *Québec-Communauté française de Belgique : autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral* (sous la direction de P. PATENAUDE) (Université de Sherbrooke : Wilson & Lafleur, 1991), p. 21-39.

100. *Ibid.*

Jurisprudence

A.G. Canada c. A.G. Ontario, (1937) A.C. 355.
A.G. for Ontario c. Hamilton Street Railway Co., (1930) A.C. 524.
Alltrans Express Ltd. c. Worker's Compensation Board, [1988] 1 R.C.S. 897.
Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.), [1988] 1 R.C.S. 749.
Belleau c. Minister of National Health and Welfare, (1948) R.C.E. 288.
Berryland Canning Co. c. La Reine, [1974] C.F. 91.
Canadian Indemnity Co. c. P.G. Colombie-Britannique, [1977] 2 R.C.S. 504.
Canadian Pacific Navigation c. City of Vancouver, (1892) 2 B.C.R. 193.
Carruthers c. Therapeutic Abortion Committee, (1983) 6 D.L.R. (4) 57.
C.E. Jamieson and Co. c. P.G. Canada, [1988] 1 C.F. 590.
Central Mortgage & Housing Corp. c. Cooperative College Residence Inc., (1977) 71 D.L.R. (3) 183.
Citizens Insurance Co. c. Parsons, (1881) 7 A.C. 96.
C.N. c. Courtois, [1988] 1 R.C.S. 868.
Coughlin c. Ontario Highway Transport Board, [1968] R.C.S. 569.
Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, [1990] 3 R.C.S. 570.
Dunbar c. A.G. Saskatchewan, (1984) 11 D.L.R. (4) 374.
Eldridge c. British Columbia (A.G.), (1997) 151 D.L.R. (4) 577.
Ex Parte Fairbain, (1877) 18 N.B.R. 4.
Ex Parte Wakaboyaski, [1928] 49 C.C.C. 392.
Fawcett c. A.G. of Ontario & A.G. of Canada [1964] R.C.S. 625.
Finlay c. Canada, [1986] 2 R.C.S. 607.
Goodyear Tire & Rubber Co. c. The Queen, [1956] R.C.S. 303.
Hunt c. College of Physicians & Surgeons (Sask.), (1925) 3 W.W.R. 758.
In re Shelly, (1913) 4 W.W.R. 741.
Labatt Breweries c. A.G. of Canada, [1980] 1 R.C.S. 914.
Landers c. Dental Society (New Brunswick), (1957) 7 D.L.R. (2) 583.
Mercer c. A.G. for Canada, (1971) 3 W.W.R. 375.
Metherwell c. The Medical Council of British Columbia, (1892) 2 B.C.R. 186.
Morgentaler c. R., [1976] 1 R.C.S. 616.
La municipalité du village de Saint-Louis du Mile-End c. Cité de Montréal, (1886) 2 M.L.R. S.C. 218.
P.E.I. Potato Marketing Board c. H.B. Willis Inc., [1952] 2 R.C.S. 392.
Proprietary Articles Trade Association c. A.G. of Canada, (1931) A.C. 310.
R. c. Cossman's Furniture (1992) Ltd., (1976) 73 D.L.R. (3) 312.
R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401.
R. c. Furtney [1991] 3 R.C.S. 89.
R. c. Hauser, [1979] 1 R.C.S. 984.
R. c. Hydro-Québec, [1997] 3 R.C.S. 213.
R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.
R. c. Morgentaler, [1993] 3 R.C.S. 463.
R. c. Perfection Creameries Ltd., (1939) 3 D.L.R. 185.
R. c. Sirkis, (1930) 2 W.W.R. 93.
R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933.
R. c. Swimmer, (1971) 1 W.W.R. 756.
R. c. Vaillancourt, [1987] 2 R.C.S. 636.
R. c. Wetmore, [1983] 2 R.C.S. 284.
R. c. Zelensky, [1978] 2 R.C.S. 940.
Re Canada Assistance Plan, [1991] 2 R.C.S. 525.
Re George Bowack, (1892) 2 B.C.R. 216.

Re Hayward, (1934) O.R. 133.
Re Underwool McLellan Associated Ltd. & Ass. of Professional Engineers, (1980) 103 D.L.R. (3) 268.
Reference Re Anti Inflation Act, [1976] 2 R.C.S. 373.
Reference re : Intoxicated Persons Detention Act (Manitoba), (1981) 1 W.W.R. 333.
Reference : Validity of Section 5(A) of the Dairy Industry Act, [1950] 4 D.L.R. 689.
Rinfret c. Pope, (1886) 12 Q.L.R. 303, à la p. 315.
Schneider c. La Reine, [1982] 2 R.C.S. 112.
Scowby c. Glendinning, [1986] 2 R.C.S. 226.
Standard Sausage Co. c. Lee, (1934) 1 D.L.R. 706.
Stinson c. College of Physicians & Surgeons (Ont.), (1911) 22 O.L.R. 627.
Winterhaven Stables Ltd. c. A.G. Canada, (1988) 53 D.L.R. (4) 413.
YMHA Jewish Community Centre c. Brown, [1989] 1 R.C.S. 1532.

Bibliographie

1) Doctrine

Beaudoin, G.A., *La constitution du Canada*, (Montréal : Wilson & Lafleur, 1990).

Brun, H. et Tremblay, G., *Droit constitutionnel*, 3e éd., (Montréal : Éd. Yvon Blais, 1997).

Driedger, E., *The Spending Power*, (1981) 7 Queen's Law Journal, 124.

Dupéré, T., *La perspective fédérale/provinciale dans le système de santé et de services sociaux du Québec*, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, Québec, août 1987.

Gibson, D., *The Canadian Health Act and the Constitution*, (1996) 4 Health Law Journal.

Gray, G., *Federalism and Health Policy, the Development of Health Systems in Canada and Australia*, (Toronto : University of Toronto Press, 1991).

Hogg, P.W., *Constitutional Law in Canada*, Student Edition (Toronto : Carswell, 2001).

Jackman, M., *The Constitutional Basis for Federal Regulation of Health*, (1977) 5 Health Law Journal.

Lajoie A. et Molinari, P.A., *Le partage constitutionnel des compétences en matière de santé*, (1978) 56 Revue du barreau canadien, 579.

Lederman, W., *Some Forms and Limitations of Cooperative Federalism*, (1967) 45 Revue du barreau canadien, 409.

McKall, R.T., *Constitutional Jurisdiction Over Public Health*, (1975) 6 Manitoba Law Journal.

Magnet, J.E., *The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada*, (1978) 10 Ottawa Law Review, 473.

Petter, A., *Federalism and the Myth of the Federal Spending Power*, (1989) 68 Revue du barreau canadien, 448.

Scott, F.R., *The Constitutional Background of Taxation Agreements* in "Essays on the Constitution," (Toronto : University of Toronto Press, 1977), à la p. 297.

Swartz, D., *The Politics of Reform : Public Health Insurance in Canada*, (1993) 23 (2) Int. J. of Health Services.

Taylor, M.G., *Health Insurance and Canadian Public Policy*, 2 éd., (Kingston et Montréal : McGill-Queen's University Press, 1987).

2) Rapports

Un droit à la santé ? Réflexions en vue d'une réforme canadienne, groupe de travail de l'Association du barreau canadien, 1994.

Organisation de coopération et de développement économiques, *La réforme des systèmes de santé, étude de dix-sept pays de l'OCDE*, 1994, c. 6, p. 59-61.

Québec-Communauté française de Belgique : autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral (sous la direction de P. Patenaude) (Université de Sherbrooke : Wilson & Lafleur, 1991), p. 21-39.